

# **DOMSTOLSKONTROLL AV LOVBESTEMTE BEGRENSNINGER PÅ NÆRINGSFRIHETEN**

Har EØS-avtalens ikrafttredelse hatt betydning for domstolenes kontroll av lovbestemte begrensninger på næringsfriheten?

Kandidatnr: 226

Veileder: Christoffer Conrad Eriksen

Leveringsfrist: 25. april

Til sammen 17213 ord

25.04.2005



# Innholdsfortegnelse

|                 |   |                  |
|-----------------|---|------------------|
| <b><u>1</u></b> | <b><u>INNLEDNING</u></b>  | <b><u>1</u></b>  |
| 1.1             | PROBLEMSTILLING   | 1                |
| 1.2             | BAKGRUNNEN FOR AT PROBLEMSTILLINGEN ER INTERESSANT I DAG  | 2                |
| 1.3             | AVGRENSNING   | 4                |
| 1.4             | METODE OG FREMSTILLINGEN VIDERE   | 5                |
| <b><u>2</u></b> | <b><u>TO GRUNNLEGGENDE BEGREPER</u></b>   | <b><u>7</u></b>  |
| 2.1             | NÆRINGSFRIHET   | 7                |
| 2.2             | DOMSTOLENE SOM KONTROLLORGAN  | 9                |
| 2.2.1           | NORSKE DOMSTOLER  | 9                |
| 2.2.2           | HÅNDHEVELSE AV EØS-AVTALEN  | 11               |
| <b><u>3</u></b> | <b><u>DOMSTOLSKONTROLL MED BEGRENSNINGER AV NÆRINGSFRIHETEN FØR IKRAFTTREDELSEN AV EØS-AVTALEN</u></b>  | <b><u>15</u></b> |
| 3.1             | INNLEDNING  | 15               |
| 3.2             | DOMSTOLSKONTROLL AV LOVBESTEMTE BEGRENSNINGER I NÆRINGSFRIHETEN SOM STRIDER MOT GRUNNLOVEN              | 18               |
| 3.2.1           | GRL. § 101 SOM SKRANKE FOR STORTINGETS ADGANG TIL Å BEGRENSE NÆRINGSFRIHETEN                            | 18               |
| 3.2.2           | DOMSTOLSKONTROLL PÅ NÆRINGSFRIHETENS OMRÅDE I HENHOLD TIL GRUNNLOVEN                                    | 23               |
| <b><u>4</u></b> | <b><u>DOMSTOLSKONTROLL MED BEGRENSNINGER I NÆRINGSFRIHETEN ETTER IKRAFTTREDELSEN AV EØS-AVTALEN</u></b> | <b><u>26</u></b> |
| 4.1             | INNLEDNING  | 26               |
| 4.2             | EØS-AVTALEN OG HVEM SOM FORTOLKER DEN   | 27               |
| 4.3             | MONOPOLSAKEN  | 30               |
| 4.3.1           | SAKENS BAKGRUNN   | 30               |
| 4.3.2           | HVORDAN UTØVES DOMSTOLSKONTROLLEN   | 34               |
| 4.4             | RUSBRUSSAKEN  | 39               |
| 4.4.1           | SAKENS BAKGRUNN   | 39               |

|                 |  |                  |
|-----------------|--|------------------|
| 4.4.2           | HVORDAN UTØVES DOMSTOLSKONTROLLEN  | 43               |
| <b>4.5</b>      | <b>ARBEIDSGIVERAVGIFTSSAKEN</b>  | <b>46</b>        |
| 4.5.1           | SAKENS BAKGRUNN  | 46               |
| 4.5.2           | HVORDAN UTØVES DOMSTOLSKONTROLLEN  | 50               |
| <b><u>5</u></b> | <b><u>OPPSUMMERING</u></b>   | <b><u>52</u></b> |
| <b>5.1</b>      | <b>HAR DOMSTOLSKONTROLLEN MED LOVBESTEMTE BEGRENSNINGER I NÆRINGSFRIHETEN UTVIKLET SEG SOM FØLGE AV EØS-AVTALENS IKRAFTTREDELSE?</b> | <b>52</b>        |
| <b>5.2</b>      | <b>HAR UTVIKLINGEN I DOMSTOLSKONTROLLEN HATT BETYDNING FOR MAKTFORDELINGEN?</b>  | <b>53</b>        |
| <b><u>6</u></b> | <b><u>LITTERATURLISTE</u></b>  | <b><u>56</u></b> |
| <b>6.1</b>      | <b>LOVER</b>   | <b>56</b>        |
| <b>6.2</b>      | <b>FORARBEIDER</b>   | <b>56</b>        |
| <b>6.3</b>      | <b>DOMMER</b>  | <b>57</b>        |
| 6.3.1           | NORSK RETSTIDENDE  | 57               |
| 6.3.2           | EFTA-DOMSTOLEN   | 57               |
| 6.3.3           | EF-DOMSTOLEN   | 57               |
| <b>6.4</b>      | <b>TRAKTATER</b>   | <b>58</b>        |
| <b>6.5</b>      | <b>TRYKT LITTERATUR</b>  | <b>58</b>        |
| <b>6.6</b>      | <b>ELEKTRONISK DOKUMENTER, AVISARTIKLER OG ANNET</b>   | <b>59</b>        |

# 1 Innledning

## 1.1 Problemstilling

I hvilken utstrekning kan domstolene sette til side lovbestemte begrensninger i næringsfriheten? I det norske konstitusjonelle systemet kan Stortinget som lovgiver i utgangspunktet regulere omfanget av næringsfrihet så fremt slik regulering ligger innenfor Grunnlovens rammer. Etter EØS-avtalens ikrafttredelse<sup>1</sup> må Stortingets næringsregulering i praksis også ligge innenfor EØS-avtalens rammer.

Problemstillingen som skal behandles i denne oppgaven, er hvilken betydning EØS-avtalen har hatt for domstolenes kontroll av lovbestemte begrensninger på næringsfrihetens område. Kontrollen av om EØS-avtalens bestemmelser blir overholdt, er lagt til de nasjonale domstoler og til organer opprettet i forbindelse med inngåelsen av EØS-avtalen. Det er i de tilfellene hvor Stortinget ved lovgivning ikke har tatt tilstrekkelig hensyn til EØS-avtalens bestemmelser, eksplisitt eller ikke, at det blir et spørsmål om forholdet mellom Stortingets lovgivningskompetanse og overholdelse av EØS-avtalen.

Før inngåelsen av EØS-avtalen var regulering av næringsvirksomhet i stor utstrekning kun et politisk spørsmål. Grl.<sup>2</sup> § 101 er den konstitusjonelle skranken for Stortingets adgang til å begrense næringsfriheten ved lov, men denne utgjør ikke en særlig vidtgående begrensning, se nærmere punkt 3.2. Hvilken næringsreguleringspolitikk lovgiver skal ha anledning til å legge opp til, er som en følge av EØS-avtalens ikrafttredelse i større grad blitt et rettslig spørsmål. Som følge av at domstolene skal kontrollere at EØS-avtalen overholdes, er det mulig at det skjer en maktforskyvning fra Stortinget til domstolene.

---

<sup>1</sup> Det er regjeringen som har inngått EØS-avtalen med Stortingets samtykke, jfr. Grl. § 26 annet ledd, og det er Stortinget som har vedtatt EØS-loven. EØS-loven trådte i kraft samme dag som EØS-avtalen trådte i kraft, jfr. EØS-loven § 7.

<sup>2</sup> Lov av 17. mai 1814 Kongeriget Norges Grundlov

For å undersøke i hvilken grad EØS-avtalen har påvirket domstolenes kontroll med lovbestemte begrensninger i næringsfriheten vil jeg sammenlikne domstolenes rolle i forhold til næringsregulering før og etter vedtakelsen av EØS-loven. Først vil jeg fastlegge i hvilken utstrekning domstolene hadde anledning til å kontrollere lovbestemte begrensninger på næringsfrihetens område før ikrafttreddelsen av EØS-avtalen. Jeg vil så sammenlikne domstolens adgang til kontroll av lovbestemte begrensningers grunnlovsmessighet med den domstolskontrollen som utføres etter EØS-avtalens ikrafttredelse.

## 1.2 Bakgrunnen for at problemstillingen er interessant i dag

Norge er et folkestyre. Folkestyret i Norge utøves ved at borgerne velger representanter til Stortinget. Det er forsamlingen av disse representantene som skal sette rammene for fellesskapet. Regulering av næringsutøvelsen er et illustrerende eksempel på hvordan Stortingets rammer begrenser private rettssubjekters handlerom for å realisere det sittende Stortings målsettinger for fellesskapet.

Domstolenes oppgave er blant annet å kontrollere at forvaltningen holder seg innenfor rammen av den kompetansen som tildeles av Stortinget. Domstolskontrollen omfatter også at Stortinget ikke går utenfor den ramme for lovgivningskompetansen som følger av Grunnloven. Det har vært og blir stadig stilt spørsmål ved om den sistnevnte formen for domstolskontroll er demokratisk. Som Andenæs skriver:<sup>3</sup>

*Kritikere av domstolenes prøvelsesrett hevder gjerne at det er udemokratisk at embetsdommere kan underkjenne lover gitt av den folkevalgte nasjonalforsamlingen. Historikeren Jens Arup Seip har karakterisert prøvelsesretten som "en kjepp kastet inn i demokratiets hjul".*

En negativ kontroll av de ramme som Stortinget setter, er en kontroll med hva flertallet i folkestyret mener er til det beste for fellesskapet. Hvis denne kontrollen utvides, kan dette muligens føre til en svekkelse av demokratiet. På den andre siden utøver

---

<sup>3</sup> Andenæs, Johs. Statsforfatningen i Norge. 8. utg. Oslo, 1998 s. 299

domstolen også en positiv kontroll med at de rammene som settes av Stortinget overholdes.

Ikrafttreddelsen av EØS-avtalen har utvidet domstolskontrollen på flere måter. For det første vil norske domstoler i medhold av EØS-loven § 2 kunne prøve om Stortingets lovvedtak er i samsvar med EØS-avtalens hoveddel. For det andre vil norske domstoler kunne be om rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen, dersom det er tvil om innholdet i de EØS-rettslige forpliktelsene.<sup>4</sup> For det tredje kan ESA på eget tiltak eller etter anmodning prøve om Stortingets lovvedtak er i samsvar med EØS-avtalens krav. For det fjerde kan EFTA-domstolen i traktatbrudssøksmål, reist av ESA, jfr. ODA art. 31, eller andre med søksmålskompetanse, jfr. ODA art. 36, prøve om Stortingets lovvedtak er i samsvar med EØS-avtalen.

Etter ikrafttreddelsen av EØS-avtalen er ikke den norske stat lenger kun regulant, men er også blitt et reguleringsobjekt.<sup>5</sup> Stortingets kompetanse vedrørende virkemiddelbruk innenfor næringsfriheten begrenses av internasjonale forpliktelser, forpliktelser Stortinget selv har samtykket til. EØS-avtalen har et bredt rettslig nedslagsfelt. I tillegg omfatter avtalen rettsområder og rettsspørsmål man ikke i tilstrekkelig grad kunne se for seg ved avtalens inngåelse. Til dette kommer også avtalens dynamiske preg. I motsetning til mange andre folkerettslige avtaler griper EØS-avtalen i større grad direkte inn i Stortingets lovgivning.

Et naturlig spørsmål som følger av disse internasjonale forpliktelsene, er hvorvidt de påvirker samfunnsutviklingen mer generelt. Hvordan samfunnet utvikler seg, er blant annet avhengig av hvordan vi er organisert og hvilke styringsmekanismer vi velger. Maktfordelingen er blant de avgjørende faktorene for samfunnsutviklingen. Man kan stille seg spørsmålet om ikrafttreddelsen av EØS-avtalen innebar en maktforskyvning fra Stortinget til domstolene. Domstolene er ikke et folkevalgt organ. Som følge av dette påvirkes ikke dommernes avgjørelser av velgernes mening. Når vi velger representanter

---

<sup>4</sup> Se lov av 13. august 1915 nr. 5 om domstolene § 51 a, jfr. ODA-avtalen art. 34.

<sup>5</sup> Et annet eksempel er EMK hvor private personer kan bringe påstått brudd for Den europeiske menneskerettsdomstol, se EMK art. 34, jfr. lov av 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

til Stortinget, uttrykker vi en mening om hvordan samfunnet burde styres og hvilke verdier de som styrer skal legge til grunn for sine valg.

Er domstolene egnet til å realisere det samfunnet vi ved å avgi våre stemmer velger? Det vil være et forhold mellom samfunnets normative struktur og samfunnets øvrige sosiale og politiske prosesser. På denne bakgrunn er det interessant å undersøke den normative utviklingen ikrafttredelsen av EØS-avtalen har medført. Har denne utviklingen påvirket Stortingets mulighet til å lovregulere begrensninger på næringsfrihetens område og de politiske prosessene som utgjør næringsreguleringen? Uten å foregripe oppgavens konklusjon kan det allerede her være grunn til å merke seg Maktutredningens<sup>6</sup> konklusjon vedrørende rettsliggjøring som maktforskyvning:<sup>7</sup>

*Utviklingen mot et mer rettighetsbasert samfunn har ført til at advokater, domstoler og andre rettsinstanser har fått større betydning på bekostning av folkevalgte organer. Konstitusjonelle rettigheter må tolkes for å få gjennomslagskraft, og det er domstolene som har slik tolkningsmakt.*

### 1.3 Avgrensning

Det er *domstolskontroll* av lovbestemte begrensninger på næringsfrihetens område som skal behandles. Denne kontrollen innebærer for det første alminnelige norske domstolars kontroll av lovbestemte begrensninger. Jeg vil ikke behandle særdomstolenes kontroll. For det andre omfatter også problemstillingen EFTA-domstolens kontroll med lovbestemte begrensninger på næringsfrihetens område og forholdet til EØS-avtalen. For det tredje omfatter problemstillingen ESAs kontroll med norsk lovgivning. Riktignok er ikke ESA en domstol, men organet har en kontrollfunksjon overfor norsk lovgivning som har flere likhetstrekk med den domstolskontroll vi kjenner i Norge. Utenfor oppgaven faller andre organers kontroll med slike begrensninger.

---

<sup>6</sup> Stortinget besluttet i desember 1997 å sette i gang en maktutredning. Det ble nedsatt en forskergruppe på fem medlemmer i mars 1998. Gruppens mandat var å undersøke vilkårene for det norske folkestyret og endringer i disse. Arbeidet ble avsluttet i 2003.

<sup>7</sup> Østerud, Øyvind. Makten og demokratiet En sluttbok fra Makt- og Demokratiutredningen. Østerud Øyvind, Engelstad Fredrik, Selle Per. Oslo, 2003 s. 125



Videre er det kun domstolskontroll med *lovbestemte* begrensninger på næringsfriheten som skal drøftes. Med dette mener jeg de begrensninger Stortinget setter på næringsfriheten gjennom lovgivning. Norske domstoler har ikke kompetanse til å kontrollere lovbestemte begrensninger av eget tiltak.<sup>8</sup> I hovedsak faller forvaltningens avgjørelser utenfor problemstillingen, men spørsmålet om gyldigheten av en lovbestemt begrensning vil normalt komme opp i forbindelse med en konkret forvaltningsavgjørelse.

Oppgaven omhandler kun domstolenes kontroll av om Grunnloven og EØS-avtalens forpliktelser er overholdt. Det avgrenses derfor mot domstolenes kontroll av at andre internasjonale forpliktelser overholdes.

Det kan tenkes at også andre Grunnlovsbestemmelser utover § 101 kan anses å verne næringsfriheten for eksempel Grl. § 97 som forbyr at lover gis tilbakevirkende kraft og § 105 som pålegger norske myndigheter å betale erstatning ved ekspropriasjon. Bestemmelsene er generelle og retter seg ikke konkret mot næringsfrihet. Disse vil ikke behandles i oppgaven.

#### 1.4 Metode og fremstillingen videre

Oppgaven er deskriptiv og sammenliknende. I det følgende vil jeg i punkt 3 gjøre rede for domstolens kontroll med lovbestemte begrensninger i næringsfriheten før ikrafttreddelsen av EØS-avtalen. Jeg vil innlede med en oversikt over de prosessuelle reglene for prøvelsen av en grunnlovsbestemmelse. For å si noe om rettstilstanden før EØS-avtalens ikrafttredelse vil jeg redegjøre for de skranker som Grl. § 101 utgjør for Stortingets kompetanse til å fastsette lovbestemte begrensninger på næringsfriheten. I punkt 4 skal jeg undersøke hvordan norske domstolene kontrollerer lovbestemte begrensninger i næringsfriheten opp mot EØS-avtalens bestemmelser. Jeg vil se på tre konkrete avgjørelser. Poenget er å beskrive hvor langt disse organene går i å prøve de lovbestemte begrensninger på næringsfrihetens område, ikke å vurdere rettskildebruken og den materielle EØS-retten mer konkret. I den grad det er nødvendig for å vurdere

---

<sup>8</sup> Annerledes stiller dette seg for ESA. Se nærmere om dette i punkt 4.

omfanget av næringsfriheten som følger av EØS-avtalen, må jeg likevel fastlegge innholdet av deler av den materielle EØS-retten. Det er ikke et formål i seg selv å gi en fullstendig oversikt over de bestemmelser i EØS-avtalen som har vært avgjørende for disse tre avgjørelsene.

I punkt 5 vil jeg komme med noen betraktninger om hvilken betydning og hvilken påvirkning ikrafttreddelsen av EØS-avtalen har hatt for domstolskontrollen. Videre vil jeg forsøke å antyde noe om hvordan ikrafttreddelsen av EØS-avtalen kan ha påvirket maktfordelingen mellom den lovgivende og dømmende makt, som igjen kan få betydning for folkestyret og samfunnsutviklingen.

## 2 To grunnleggende begreper

### 2.1 Næringsfrihet

Med næringsfrihet mener jeg fravær av offentlige regler som begrenser friheten i et marked. I samsvar med moderne økonomisk teori bruker jeg ordet *marked* som betegnelsen på et geografisk område hvor tilbydere (selgere) konkurrerer om etterspørsel (kjøpere).<sup>9</sup> Friheten i slike markeder kan begrenses både ved å sette grenser for deltakelse og /eller opptreden. I tråd med dette vil jeg karakterisere alle grenser for deltakelse og opptreden i et marked som begrensninger i næringsfriheten.

En sentral forutsetning er at enhver har frihet til inngå avtaler og at slike avtaler er bindende.<sup>10</sup> Avtaler er grunnlaget for enhver transaksjon. Transaksjoner vil i sum utgjøre omsetningen på et marked. Imidlertid er det grunn til å tro at uten noen form for rettslig regulering ville det vært den sterkestes rett som vant frem. Dersom målsettingen er likevekt i markedet, er markedet avhengig av en regulator. For at den enkelte markedsaktørs avtalefrihet skal ha en realitet, må det være utviklet systemer for at kontrakter kan håndheves. Eide viser i tillegg til avtalefriheten til andre sentrale forutsetninger for et marked:<sup>11</sup>

*I liberale land, deriblant Norge, bygger rettssystemet i utgangspunktet på at den enkelte fritt kan velge sin næringsvirksomhet og fritt kan inngå avtaler. Den private eiendomsrett er en nødvendig forutsetning for at disse friheter skal få det ønskede innhold. Disse friheter er beskyttet i Grunnlovens § 97 om at lover ikke*

---

<sup>9</sup> Se for eksempel Frankel, Christian. I markedets bilde. I Handelshøjskolen i København Ph.D-serie 10.2001. s. 15.

<sup>10</sup> At avtaler er bindende, følger allerede av Kong Christian Den Femtis Norske Lov av 15. april 1687 5-1-2.

<sup>11</sup> Eide, Erling. Rettsøkonomi for offentlig rett. 3. utg. Oslo, 1999 s. 76

*kan gis tilbakevirkende kraft og i Grunnlovens § 105 om erstatning ved ekspropriasjon.<sup>12</sup>*

Formålet med næringsreguleringen er å realiserer politiske målsettinger. Reguleringen kan i prinsippet utformes på to ulike måter: Markedene kan gjennomreguleres totalt eller markedet kan være fritt, helt uten innblanding fra myndighetenes regulering. I de fleste nasjonalstater vil det være en eller annen form for regulering, men intensiteten i reguleringen vil avhenge av lovgivers politiske ståsted.

Næringsreguleringen erstatter funksjonen til de frie markedsdeltakerne i et åpent og uregulert marked. Et uregulert marked vil i utgangspunktet kunne fungere, men mange vil da hevde at kun den enkelte markedsaktørs målsetting realiseres på bekostning av økt felles velferd. På et mikronivå vil den enkelte aktørs målsetting være størst mulig utbytte. Skal man også få et størst mulig utbytte på makronivå – samfunnsøkonomisk og samfunnsmessig, må myndighetene antakeligvis regulere markedene.

Det er et utall former for *generell regulering* av markeder som ikke er nødvendig for at aktørene skal kunne handle med hverandre, men som av politiske årsaker er ønskelig. Eksempler på dette er aksjelovgivning, konkurranselovgivning og miljølovgivning.

Generell regulering har som målsetting å forme et rammeverk som markedene kan fungere i. *Sektorspesifikk regulering* har som formål å regulere tilstanden til eller vilkårene for et bestemt marked. Her inntar myndighetene en mer aktiv rolle ved å ha innflytelse på beslutningsprosessene. Eksempler på reguleringstemaer innenfor den spesifikke sektor vil være adgangen til å drive virksomhet, selve utførelsen av virksomheten, markedsadgang og markedsadferd. Det er for eksempel bare A/S Vinmonopolet som har rett til å selge drikker med høyere alkoholinnhold enn 4.75 % volumprosent alkohol, jfr. alkoholloven § 3-1.<sup>13</sup>

For å regulere markedene, det vil si å begrense borgernes næringsfrihet, kreves det et rettslig grunnlag. Nettopp fordi næringsregulering er et inngrep i borgernes rettssfære,

---

<sup>12</sup> Grl. § 101 beskytter også næringsfriheten som sådan, men rekkevidden og betydningen av denne beskyttelsen kommer jeg tilbake til i punkt 3.2.

må regulanten ha hjemmel i lov som følge av legalitetsprinsippet.<sup>14</sup> Kompetansen til å gi det påkrevde hjemmelsgrunnlaget ligger hos Stortinget som lovgiver.

Regulering av næringsvirksomhet kan skje ved hjelp av ulike metoder. Disse kan deles i fire hovedgrupper: Fysiske, pedagogiske, økonomiske og normative.<sup>15</sup> Tema for oppgaven er de lovbestemte begrensninger, og i det videre vil jeg derfor konsentrere meg om de normative virkemidlene Stortinget kan benytte for å begrense næringsfriheten. I en velferdsstat som Norge vil valget mellom hvilke type virkemiddel som skal benyttes, ofte tas på bakgrunn av en avveining mellom den antatte samfunnsmessige nytteverdien og omkostningene å ta i bruk et gitt virkemiddel. Det finnes teorier som ønsker å realisere andre målsettinger enn den nevnte, men slike teorier er ikke av interesse for denne oppgaven.

I etterkrigstiden var den fremherskende politiske holdning at størst mulig velferd kunne nås gjennom begrensninger i næringsutøvelsen. De senere år har politikerne i større grad forsøkt å realisere målsettingen med et fritt marked. Moderne økonomisk teori hevder at økt transaksjonshyppighet fører til økt velferd. I næringsreguleringen gir dette seg utslag ved myndighetene forsøker å legge til rette for det frie marked.

## 2.2 Domstolene som kontrollorgan

### 2.2.1 Norske domstoler

Domstolenes kontroll med den lovgivende og utøvende statsmakt er en av grunnpilarene i en rettsstat. Den norske Grunnloven av 1814 bygger i stor grad på Montesquieus maktfordelingsprinsipp. Prinsippet innebærer at statsmakten er delt i en lovgivende, utøvende og dømmende gren. Domstolene er etter Grunnloven sikret uavhengighet fra de to andre statsmaktene og har som oppgave å kontrollere de to andre statsmaktene. Imidlertid har ikke domstolene en maktstilling på linje med Stortinget og regjeringen. Domstolene kan ikke utøve makt på eget initiativ.

---

<sup>13</sup> Lov av 2. juni 1989 nr. 27 om omsetning av alkoholholdig drikk m.v.s

<sup>14</sup> Andenæs, Johs. Statsforfatningen i Norge. 8. utg. Oslo, 1998 s. 176

<sup>15</sup> Eckhoff, Torstein. Statens styringsmuligheter, særlig i ressurs- og miljøspørsmål. Oslo, 1983 s. 29

Formålet med maktfordelingen er å hindre maktmisbruk og kontrollere maktutøving. Videre utgjør maktfordelingsprinsippet en oppgavefordeling mellom statsmaktene. Som Opsahl uttrykker det:<sup>16</sup>

*Tre krav til statsformen og statsmaktene, nemlig folkestyre, effektivitet og rettssikkerhet, er nå tilsynelatende hevet over den politiske strid i Norge. Til disse krav svarer på en måte de tre klassiske grupper av organer, de lovgivende folkevalgte organer, og de utøvende og dømmende embetsorganer.*

Dette er igjen en avgjørende faktorer som får et demokrati til å fungere. Videre er domstolskontrollen et viktig minoritetsvern. Gjennom domstolskontrollen vernes borgeren mot de øvrige statsmaktene.

Maktfordelingsprinsippet gir i utgangspunktet ikke svaret på hvordan konflikten skal løses dersom Stortinget eller regjeringen har gått utenfor den myndighet som følger av Grunnloven. Imidlertid har vi en langvarig og sikker praksis for at domstolene kan underkjenne både lover og forvaltningsavgjørelser som har gått utenfor sine rette grenser.<sup>17</sup>

Næringsregulering utøves i stor grad av forvaltningen, og er derved underlagt forvaltningsrettslige regler. De enkelte lover kan gi forvaltningen et større eller mindre skjønn for hvilke virkemidler som skal tas i bruk, overtredelse av næringslovgivning kan medføre sanksjoner eller loven kan gi hjemmel for faktiske handlinger som ellers ville vært forbudt. I alle tilfeller kan borgeren bringe forholdet inn for domstolene. Domstolene skal drive legalitetskontroll, mens standpunkt til hva som er hensiktsmessig i utgangspunktet ligger utenfor hva som kan og bør kontrolleres.<sup>18</sup> Dette innebærer at domstolene kontrollerer om hjemmelsloven er anvendt korrekt, altså *rettsanvendelsen*, om avgjørelsen bygger på et *riktig faktum* og om avgjørelsen er truffet etter en riktig *saksbehandling*.<sup>19</sup> I de tilfellene loven gir et spillerom for forvaltningens skjønn, vil

---

<sup>16</sup> Opsahl, Torkel. Delegasjon av stortingets myndighet. Oslo, 1965 s. 19

<sup>17</sup> Andenæs, Johs. Statsforfatningen i Norge. 8. utg. Oslo, 1998 s. 288

<sup>18</sup> Eckhoff, Torstein. Smith, Eivind. Forvaltningsrett. 6. utg. Oslo, 1997 s. 637

<sup>19</sup> Se for eksempel Rt. 1995 s. 1427

domstolene begrense sin prøvelse til om forvaltningen har handlet innenfor den ramme som loven setter. Dette blir ofte kalt *myndighetsmisbrukslæren*.<sup>20</sup>

Temaet for oppgaven er domstolskontroll med lovbestemte begrensninger på næringsfrihetens område. Det er derfor domstolenes kontroll med rettsanvendelsen som er i fokus. Kontroll av rettsanvendelsen består av to elementer. For det første kontrollerer domstolene om forvaltningens avgjørelser eller handlinger har hjemmel i den lov som er angitt som rettslig grunnlag. Selv om en avgjørelse eller en handling for så vidt har hjemmel i den angitte loven, kontrollerer domstolene for det andre – og det er det sentrale for oppgaven – om hjemmelsloven er i strid med lov av høyere rang. Tradisjonelt har domstolene på denne måten kunne prøve lovers grunnlovsmessighet. Imidlertid har Stortinget vedtatt såkalte semikonstitusjonelle lover. Eksempler på dette er EØS-loven og menneskerettighetsloven. Det spesielle med de semikonstitusjonelle lovene som har gjort internasjonale avtaler til norsk lov, er at lovbestemmelser som tjener til å oppfylle de internasjonale avtalene ved motstrid skal gå foran bestemmelser i annen norsk lovgivning.

Det er i prinsippet ingen forskjell mellom Høyesterett og de øvrige domstolene når det gjelder retten og plikten til å prøve lovers forhold til lover av høyere rang. Alle domstolsnivåene må anvende Grunnloven og andre lover som begrenser lovgivers kompetanse.

### 2.2.2 Håndhevelse av EØS-avtalen

De institusjonene som håndhever EØS-avtalen, er opprettet i medhold av ODA-avtalen.<sup>21</sup> Institusjonene utfører en annen type kontroll enn den klassiske nasjonale domstolskontrollen.

---

<sup>20</sup> Eckhoff, Torstein. Smith, Eivind. Forvaltningsrett. 6. utg. Oslo, 1997 s. 271

<sup>21</sup> ODA-avtalen som er en forkortelse for Overvåknings- og domstolsavtale, er en avtale mellom EFTA-statene, med unntak av Sveits, om opprettelse av et overvåkningsorgan (ESA) og en domstol (EFTA-domstolen). Avtalen trådte i kraft samtidig med EØS-avtalen.

ESA<sup>22</sup> fører alminnelig kontroll med at EFTA-statene<sup>23</sup> oppfyller det store omfanget av forpliktelser som følger av EØS-avtalen med hjemmel i EØS art. 109 og ODA art. 5. Denne kontrollen retter seg mot nasjonale myndigheter, ikke private rettssubjekter. ESA fører både kontroll med at nasjonale myndigheter implementerer EØS-reglene korrekt i nasjonal rett, og at den gjennomførte EØS-retten faktisk forvaltes og etterleves korrekt av nasjonale myndigheter. ESA kan ta opp saker til kontroll etter eget tiltak eller etter klage.

Det er ESA som skal føre tilsyn med at EFTA-statene overholder statsstøttereglene, jfr. EØS art. 62 nr. 1 litra b. På grunn av den vesentlige betydningen statsstøtte har for konkurransen går ESAs kontrollbeføyelse lenger. Tilsvarende skal Kommisjonen<sup>24</sup> føre tilsyn med statsstøtteordningene i EU-statene, jfr. EØS art. 62 nr. 1 litra a. Kommisjonen og ESA skal samarbeide med den målsetting å sikre lik overvåkning av statsstøtte innen det territoriet som omfattes av EØS-avtalen, jfr. EØS art. 62 nr. 2.<sup>25</sup> Det følger av Protokoll 26 at ESA gis samme kompetanse som Kommisjonen har med hjemmel i EFT art. 88.<sup>26</sup> Kompetansen er gitt ESA i medhold av ODA art. 24 og protokoll 3.

ESA har kompetanse til å fatte formelle vedtak og fastslå at statsstøtteordninger er helt eller delvis ulovlige.<sup>27</sup> Vedtak vil som hovedregel pålegge medlemsstaten å innstille støtten. I de tilfeller hvor det er utbetalt ulovlig støtte, vil ESA kunne pålegge medlemsstaten å kreve støtten tilbakeført fra mottakeren. Vedtaket vil ikke bare være bindende for nasjonale myndigheter, men også for de bedrifter som har mottatt støtten.

---

<sup>22</sup> ESA er en forkortelse for European Surveillance Agency som er EFTAs overvåkningsorgan.

<sup>23</sup> EFTA er en forkortelse for European Free Trade Association. Opprinnelig var dette en frihandelsorganisasjon som konsentrerte seg om å oppnå fri varehandel medlemsstatene. EFTA hadde i motsetning til EF ingen ambisjon om et tettere politisk samarbeid utover å opprette et frihandelsområde. Etter 1995 består EFTA av landene Norge, Island, Liechtenstein og Sveits.

<sup>24</sup> Kommisjonen er EUs utøvende organ, jfr. EFT art. 211. Organet overvåker at Romtraktaten og beslutningen truffet med hjemmel i denne blir overholdt.

<sup>25</sup> EØS art. 64 regulerer hvordan ulikheter i praksisen skal løses.

<sup>26</sup> EFT art. 88 første ledd: "Kommisjonen skal sammen med medlemsstatene kontinuerlig granske de støtteordninger som består i disse stater. "

<sup>27</sup> Det er en viss forskjell på ESAs kompetanse i nye og eksisterende statsstøtteordninger, men det er ikke nødvendig å gå nærmere inn på denne forskjellen her.



ESA har altså kompetanse til å påvirke privates rettsstilling på dette begrensede rettsområde. Det følger av ODA protokoll 3 del II art. 14 at tilbakeføringen skal gjennomføres i samsvar med nasjonale regler. I norsk rett skal tilbakeføringen skje i samsvar med lov om offentlig støtte § 5.<sup>28</sup>

EFTA-domstolen er en spesialdomstol opprettet av de EFTA-statene som har inngått EØS-avtalen for å avgjøre EØS-rettslige spørsmål. Domstolen kan i likhet med nasjonale domstoler ikke ta opp saker av eget tiltak. Den har kun kompetanse til å behandle de saker som følger av ODA-avtalen.

For det første kan ESA anlegge traktatbruddssøksmål mot en EFTA-stat med påstand om at staten har brutt EØS-rettslige forpliktelser. Dette følger av ODA art. 31. Blir en EFTA-stat dømt av EFTA-domstolen i en slik sak, betyr det at den berørte stat har brutt EØS-avtalen. Etter ODA art. 33 er staten forpliktet til å rette seg etter dommen. Utover dette kan EFTA-domstolen ikke ilegge andre formelle reaksjoner.

For det andre kan EFTA-stater eller private rettssubjekter anlegge søksmål mot ESA med påstand om at vedtak fattet av ESA er ugyldig. På denne måten kan domstolen kontrollere at ESA har holdt seg innenfor sin kompetanse, se ODA art. 36. I prinsippet er statenes søksmålsadgang ubegrenset, mens private rettssubjekter må påvise at ESAs vedtak er ”rettet til vedkommende” eller ”angår vedkommende direkte og personlig”, jfr. ODA art. 36 tredje ledd. Påstanden kan også være at ESA har unnlatt å foreta seg noe ESA har plikt til, se ODA art. 37, eller som et krav om erstatning, se ODA art. 39.

For det tredje kan nasjonale domstoler forelegge EØS-rettslige spørsmål for EFTA-domstolen, jfr. ODA art. 34. Norske domstoler har ingen plikt, men en rett til å fremlegge tolkningsspørsmål for EFTA-domstolen, jfr. domstoloven § 51 a. Det er grunn til å understreke at det er ”tolkningen” av EØS-avtalen som kan forelegges for EFTA-domstolen. Men når tolkningen er gitt, må norske domstoler selv ta stilling til subsumsjonen. EFTA-domstolens uttalelser er kun rådgivende.

---

<sup>28</sup> Lov av 27. november 1992 nr. 117 om offentlig støtte

EFTA-domstolen kan ikke motta søksmål fra private rettssubjekter mot EFTA-statene vedrørende EØS-avtalen. Det er overlatt til nasjonale domstoler å ta stilling til private personers påståtte brudd av EØS-avtalen, det være seg nasjonale myndigheters lovgivning eller handlinger. Domstolen kan heller ikke ta i mot søksmål fra en privat part mot en annen privat part som gjelder brudd på bestemmelser i EØS-avtalen.

Videre kan heller ikke saker som er avgjort av nasjonale domstoler bringes inn for EFTA-domstolen. Domstolen er slik sett ikke en overnasjonal domstol slik Den europeiske menneskerettsdomstolen har visse trekk av å være, se EMK art. 34, jfr. 35.

### **3 Domstolskontroll med begrensninger av næringsfriheten før ikrafttreddelsen av EØS-avtalen**

#### **3.1 Innledning**

I de tilfellene hvor den næringsdrivende mener hun ikke må akseptere innskrenkninger i næringsfriheten, er det nettopp domstolenes oppgave å kontrollere rettmessigheten av lovbestemte begrensninger i næringsfriheten.<sup>29</sup> Spørsmålet om den lovbestemte innskrenkningen er rettmessig, kan komme opp på flere måter for domstolen. Jeg vil i det følgende behandle noen prosessuelle spørsmål rundt domstolskontrollen av lovbestemte begrensninger på næringsfrihetens område. De prosessuelle spørsmålene som behandles vil gjelde både før og etter EØS-avtalens ikrafttredelse.

Den næringsdrivende kan bringe en innskrenkning i næringsfriheten inn for domstolene som gjenstand for prøvelse. Dette skjer typisk når innskrenkningen følger av en enkeltavgjørelse, og gjenstanden for prøvelsen er gyldigheten av avgjørelsen. Tilsvarende gjelder når innskrenkningen følger av en forskrift. Dersom den næringsdrivende mener at en ulovlig innskrenkning har påført henne et økonomisk tap, vil domstolene prejudisielt ta stilling til lovligheten av innskrenkningen da dette som regel er et minstevilkår for erstatning. Videre kan lovligheten av en innskrenkning prøves dersom forvaltningen går til søksmål for å få tvangsgjennomført et vedtak. Endelig må domstolene prøve lovligheten av en innskrenkning dersom det er reist straffesak fordi den næringsdrivende ikke har respektert et påbud eller forbud i næringslovgivningen.

---

<sup>29</sup> Den næringsdrivende kan også påklage forvaltningens enkeltavgjørelser til overordnet organ, jfr. lov av 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) § 28. Det kan også bestemmes at den næringsdrivende må uttømme klageadgangen før det kan reises søksmål, jfr. lov av 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven) § 437 første ledd. Den næringsdrivende kan også bringe saken inn for Sivilombudsmannen, jfr. lov av 22. juni 1962 nr. 8 om Stortingets ombudsmann for forvaltningen § 6.

Forvaltningskomiteen som gjorde det sentrale forarbeid til forvaltningsloven, la til grunn at domstolskontroll av forvaltningen gjelder som en generalklausul i norsk rett. Dette innebærer at gjenstand for domstolskontroll er:<sup>30</sup>

*[a]lle forvaltningsakter, både positive og negative, uten hensyn til hvilken forvaltningsmyndighet som har truffet vedtaket. Prøvelsesretten gjelder også departementenes avgjørelser og avgjørelser truffet av Kongen. Heller ikke medfører arten eller innholdet av forvaltningens avgjørelser noen begrensning.*

Domstolskontroll er i norsk sammenheng kun legalitetskontroll.<sup>31</sup> Dette innebærer at det er lovligheten av det enkelte forvaltningsvedtak som domstolene har plikt og rett til å overprøve, ikke gyldigheten av loven som sådan. Lovers gyldighet reguleres av Grl. § 75 flg.

Søksmålsbetingelsene for at den næringsdrivende skal kunne få behandlet innskrenkningen for domstolene, følger av tvistemålsloven § 54.<sup>32</sup> For det første må det gjelde et "rettsforhold". Et krav om erstatning vil være et rettsforhold. Også ugyldighetssøksmål er tradisjonelt regnet som et rettsforhold selv om virkningen av ugyldighet kan være uklare. Imidlertid vil ikke abstrakte rettsspørsmål være et rettsforhold. Den næringsdrivende kan ikke få dom for at en lov eller en forskrift som sådan er ugyldig. I kjennelsen inntatt i Rt. 1984 s. 1488 (Burhøns I) hadde Norges Dyrevernforbund gått til sak mot staten ved Landbruksdepartementet for å få dom for at forskriften om burhøns var ugyldig fordi den var i strid med dyrevernloven. Høyesteretts kjæremålsutvalg tolket tvistemålsloven § 54 slik at det bare er "rettsforhold eller rettigheter som kan være gjenstand for fastsettelsesdom", og saken ble derfor

---

<sup>30</sup> Innstilling fra Forvaltningskomiteen. Kragerø, 1958. s 359-360

<sup>31</sup> Dette kommer blant annet til uttrykk i tvistemålsloven § 435

<sup>32</sup> Tilsvarende må søksmålsbetingelsene være oppfylt når forvaltningen vil ha tvangsgjennomført et vedtak eller det reises straffesak mot den næringsdrivende, men betingelsene vil sjelden være problematisk i disse tilfellene.

avvist.<sup>33 34</sup> I Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) er det i punkt 11.5.2 gjengitt fra Tvistemålsutvalgets forslag til terskelen for søksmålsanlegg som departementet har sluttet seg til:<sup>35</sup>

*Det framheves at domstolenes oppgave må være å løse konkrete, foreliggende tvister. Siden dagens rettstilstand - i motsetning til enkelte tidligere rettsavgjørelser - vektlegger behovet for en rettslig avklaring som det sentrale for om søksmålet skal fremmes eller ikke, er det ikke behov for endringer i gjeldende rett.*

Poenget er at gjenstanden for fastsettelsessøksmål er rettsforhold som direkte gjelder den næringsdrivende selv. Samtidig viser dette at domstolenes oppgave er å løse konkrete tvister, ikke abstrakte spørsmål.

For det andre må den næringsdrivende ha "rettslig interesse" i søksmålet. Den næringsdrivende må få endret sin rettslige posisjon ved søksmålet. Som regel vil dette være oppfylt, men den næringsdrivende kan ikke gå til søksmål om fortidige eller fremtidige rettsforhold.

Det forutsettes i det videre at søksmålsbetingelsene er oppfylt. Spørsmålet i denne delen av oppgaven er i hvilket omfang domstolene kan kontrollere Stortingets lovbestemte begrensninger i næringsfriheten før ikrafttredelse av EØS-avtalen.

---

<sup>33</sup> Hov i Hov, Jo. Rettergang III Sivilprosess. Oslo, 2000 s. 93-94 er uenig i avgjørelsen. Saken gjaldt reelt sett om landbruksmyndighetene hadde kompetanse til å gi regler med et slikt innhold som var gitt.

<sup>34</sup> I Rt. 1987 s. 538 (Burhøns II) gikk Dyrevernerforbundet til sak mot én enkelt hønseoppretter og hevdet at det var i strid med dyrevernloven å holde verpehøner slik oppretteren gjorde. Dette spørsmålet hadde forbundet rettslige interesse i å prøve, men saken ble tapt i realiteten. I Rt. 1995 s.1823 (Burhøns III) gikk Dyrevernerforbundet nok en gang til sak mot staten ved Landbruksdepartementet, men denne gang med påstand om at departementet ikke hadde kompetanse til å gi burhønsforskriften med det innhold som var blitt gitt. Høyesteretts kjæremålsutvalgs flertall mente tvistemålsloven § 54 ikke hjemlet "en generell adgang til å anlegge sak om et forvaltningsorgans kompetanse", og avviste også denne saken.

<sup>35</sup> Imidlertid foreslås det å senke terskelen noe slik at det saksforhold som er nevnt i Rt. 1984 s. 1488 (Burhøns I) bør tillates fremmet for domstolene.

## 3.2 Domstolskontroll av lovbestemte begrensninger i næringsfriheten som strider mot Grunnloven

### 3.2.1 Grl. § 101 som skranke for Stortingets adgang til å begrense næringsfriheten

Jeg skal i det følgende vurdere i hvilken grad Grl. § 101 begrenser Stortingets adgang til å gjøre inngrep i næringsfriheten og hvilket innslag domstolskontrollen vil ha på næringsfrihetens område som følge av den konstitusjonelle beskyttelsen.

I Grl. § 101 heter det:

*Nye og bestandige Indskrænkninger i Næringsfriheden bør ikke tilstedes Nogen for Fremtiden.*

Dette er næringsfrihetens konstitusjonelle beskyttelse. Lovbestemmelser som gjør inngrep i denne beskyttelsen, vil være i strid med Grunnloven. Som tidligere nevnt i punkt 2.2.1 kan domstolene sette forvaltningens avgjørelser til side selv om avgjørelsen er i tråd med hjemmelsloven, men hvor hjemmelsloven selv strider mot Grunnloven. Grl. § 101 er en skranke på Stortingets kompetanse til å regulere næringsfriheten. For å kunne avgjøre i hvor stor grad Stortingets kompetanse er begrenset, må bestemmelsen tolkes. Det følger av lex superior prinsippet at de øvrige rettskildene må vike hvis de kommer i strid med Grunnloven som vår høyeste rettskilde. Vår forfatning bygger på tre politiske ideer: folkesuverenitet, maktfordelingsprinsippet og læren om de ukrenkelige menneskerettigheter.<sup>36</sup> Disse forutsetningene utgjør et viktig grunnlag når bestemmelsen skal tolkes.

Næringsfrihet var et aktuelt og viktig tema da arbeidet med Norges Grunnlov startet i april 1814. Bakgrunnen for dette var blant annet sagbrukseiernes privilegier som begrenset bøndernes rett til å tilvirke og selge eget tømmer. Dette ble av samtiden sett på som en stor urettfredighet. At problemstillingen opptok mennene på Eidsvoll, kommer til uttrykk i en av de 10<sup>37</sup> ”Grundsætninger” som dannet grunnlaget for Norges

---

<sup>36</sup> Andenæs, Johs. Statsforfatningen i Norge. 8. utg. Oslo, 1998 s. 40

<sup>37</sup> Det oppgis forskjellig antall i litteraturen. Andenæs omtaler 10 ”Grundsætninger” på s. 36 i sin bok, mens Aschehoug omtaler 11 på s. 27 i sin bok.

Grunnlov. Konstitusjonskomiteen<sup>38</sup> forela disse for Riksforsamlingen<sup>39</sup> som en del av det forberedende arbeidet til den nye Grunnloven. ”Grundsætning” nummer 9 lyder:

*Nye Indskrænkninger i Nærings-Friheden bør ikke tilstedes.*

Her er næringsfriheten formulert som et alminnelig prinsipp. Dette ville innebære at alle fremtidige begrensninger av næringsfriheten uavhengig av omfang og varighet ville være i strid med Grunnloven. Ved å forby enhver form for innskrenkning i næringsfriheten ville det blant annet ikke vært mulig å utvikle et patentregelverk. Det ville vært en innskrenkning i næringsfriheten hvis man ikke hadde anledning til å ta i bruk nye oppfinnelser for å kunne drive næringsvirksomhet. Ved ikke å beskytte de som utviklet nye oppfinnelser, ville insentivene for nyvinninger forsvinne. Nye oppfinnelser burde tjene til utviklingen av samfunnet og som følge av dette kunne benyttes av alle. En patentrettighet må som følge av dette utformes som tidsbegrensede særrettigheter og ikke som evigvarende eneretter for å kunne ivareta både hensynet til oppfinneren og samfunnsutviklingen. Riksforsamlingen så behovet for å kunne benytte tidsbegrensede særrettigheter. Derfor ble den endelige formulering av bestemmelsen: ”Nye og bestandige Indskrænkninger i Næringsfriheden bør ikke tilstedes Nogen for Fremtiden”. Det ble altså gjort to tilføyelser: ”bestandige” og ”Nogen”.

Ved å utvide bestemmelsen med ”bestandige” ga Riksforsamlingen fremtidige Storting en langt videre adgang til å gjøre begrensninger i næringsfriheten enn om formuleringen i den niende grunnsetningen ville blitt beholdt. Utrykket ”bestandige” gir ikke en klar definisjon på hvilke begrensninger Riksforsamlingen hadde ansett som stridende mot Grunnloven ut fra et tidsperspektiv. Det må i hvert fall innebære at Stortinget har anledning til å foreta midlertidige innskrenkninger i næringsfriheten. Aschehoug<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup> Konstitusjonskomiteen var en komité bestående av 15 medlemmer som ble nedsatt av Riksforsamlingen 10. april 1814 på Eidsvoll for å utarbeide et forslag til den nye forfatningen. 13. april leverte komiteen 10 grunnsetninger som den nye Grunnloven skulle bygge på. Deretter gikk Konstitusjonskomiteen i gang med å utarbeide et utkast til Grunnloven. Dette arbeidet pågikk i 14 dager før utkastet ble forelagt Riksforsamlingen.

<sup>39</sup> Riksforsamlingen er forløperen til dagens Storting.

<sup>40</sup> Torkel H. Aschehoug (1822-1909) var fra 1862 professor ved Det Kgl. Fredriks hvor hans virkeområder var innenfor rettsvitenskap, sosialøkonomi og statistikk. Han er regnet som en av

tolker uttrykket ”bestandige” til kun å omfatte innskrenkninger som aldri opphører.<sup>41</sup> Med dette mener han at særrettigheter som bortfaller ved en persons død, ikke vil rammes av Grl. § 101. Stortinget har til enhver tid anledning til å oppheve og forandre lovgivning. Dette må i utgangspunktet innebære at en eventuell innskrenkning som er gjort i næringsfriheten, alltid vil kunne oppheves ved lov. Imidlertid må slik lovgivning ikke ha tilbakevirkende kraft, jfr. Grl. § 97, og innebærer lovgivningen en form for ekspropriasjon, må den som må avgi noe, gis full erstatning, jfr. Grl. §105.

Også Redaksjonskomiteen, som skulle sørge for Grunnlovens stil og orden, har hatt vesentlig innvirkning på denne bestemmelsens betydning som en skranke for Stortingets lovgivning. Da denne komiteen redigerte grunnlovsutkastet, ble uttrykket ”Nogen” tilføyet bestemmelsen. Dette har gitt grunnlaget for den tradisjonelle tolkningen av Grl. § 101. Denne tilføyelsen innbærer at Stortinget kan gjøre innskrenkninger i næringsfriheten såfremt disse ikke gir utvalgte borgere næringsprivileger fremfor andre. Grl. § 101 tilsikter ikke å realisere en ubegrenset frihet på næringsrettens område, men derimot å realisere likhet mellom borgerne.<sup>42</sup> Stortinget kan altså oppstille en hvilken som helst tidsbegrenset innskrenkning i næringsfriheten, såfremt denne ikke utgjør en fordel for en enkelt borger eller bedrift på bekostning av de øvrige borgernes næringsfrihet. Men bestemmelsen er ikke til hinder for å gi en næringsdrivende en særfordel, så lenge denne fordelingen ikke innskrenker næringsfriheten til andre. Aschehougs eksempel er:<sup>43</sup>

*[d]et er grundlovmæssig utilladeligt at give nogen fast Eiendom en bestandig Forrettighed, hvis denne danner en Indskrænkning i andres Næringsfrihed, f. Ex. Eneret til at male Korn i et vist distrikt, men tilladeligt, naar dette ikke er Tilfældet, f. Ex. naar Forrettigheden bestaar i Frihed for et vist Slags Skat.*

Det avgjørende er altså virkningen innskrenkningen har på andre næringsdrivendes frihet. Aschehoug nevner skattelette som eksempel. Dette innebærer en økonomisk

---

professorpolitikernes som deltok aktivt i styringen av Norge på 1800-tallet, se Slagstad, Rune. De nasjonale strategier. Oslo, 2001. s. 19-21.

<sup>41</sup> Aschehoug, T. H. Norges Nuværende Statsforfatning. Bind III, 2. utg., Kristiania, 1893. s. 27

<sup>42</sup> Castberg, Frede. Norges Statsforfatning II. 3. utg. Oslo, 1964 s. 299

<sup>43</sup> Aschehoug, T. H. Norges Nuværende Statsforfatning. Bind III, 2. utg., Kristiania, 1893. s. 27



fordel for den næringsdrivende som betaler mindre skatt enn andre næringsdrivende i samme situasjon. I utgangspunktet vil dette ikke gjøre inngrep i andres frihet til å drive samme type næringsvirksomhet. Men i noen tilfeller kan en skattefordel være nødvendig for å kunne drive en viss type næringsvirksomhet. Et eksempel er skattelette som følge av bedriftens geografisk plassering for å kunne konkurrere på like vilkår med bedrifter med en annen geografisk plassering. Hvis det ikke å få en slik fordel hindrer andre i å drive samme type næringsvirksomhet, ville dette kunne være forskjellsbehandling i medhold av Grl. § 101. Imidlertid vil en slik skattelette neppe være ”bestandig” bestemmelsens forstand.

Det er ikke i strid med Grl. § 101 å ha en utfortapelig rett til å utnytte egen eiendom etter egne ønsker og behov. Dette gjelder uavhengig av om eiendomsretten er knyttet til fast eiendom eller åndsverk. Aschehoug anerkjenner dette som en naturlig rett som tilegger eieren av eiendom eller åndsverk. Det må gjøres unntak fra dette utgangspunktet i de tilfeller hvor innskrenkingen som følge av eiendomsrett er til hinder for samfunnsutviklingen. Som vi kjenner fra lovgivningen, er det i disse tilfelle inngått kompromisser om tidsbegrensede innskrenkninger. Eksempel på dette er patentloven<sup>44</sup> § 40 første ledd om at meddelte patenter kan opprettholdes i 20 år fra den dag patentsøknad ble inngitt. Ut i fra den tradisjonelle tolkningen av Grl. § 101 ville det være i strid med bestemmelsen om ikke alle borgere hadde den samme adgang til å utnytte sin eiendomsrett.

Monopoler må i utgangspunktet anses som innskrenkninger i næringsfriheten. Begrunnelsen for dette er at monopoler utelukker at enhver borger har mulighet til å drive den næringsvirksomheten hun måtte ønske. Fra dette utgangspunktet må det gjøres noen unntak. Naturlige monopoler oppstår ikke som følge av Stortingets lovbegrensninger. Eksempler på naturlige monopoler er strømmettet, jernbanen og vannforsyningen. Det vil ikke være økonomisk forsvarlig å bygge parallelle nett. Borgerens rett til å ta del i næringsvirksomhet som omfattes av naturlige monopoler, er ikke beskyttet av Grunnloven. Noe annet er at lovgiver kan regulere utnyttelsen av naturlige monopoler for å sikre en sikre samfunnsøkonomisk optimal utnyttelse. Grl.

---

<sup>44</sup> Lov av 15. desember 1967 nr. 9 om patenter

§ 101 hindrer i utgangspunktet at denne reguleringen gir særfordeler til utvalgte næringsdrivende.

Videre må det skilles mellom monopoler som er til fordel for det offentlige, og monopoler som er til fordel for private næringsdrivende. Et monopol er til fordel for det offentlige når Stortinget anser denne formen for næringsregulering som den mest formålstjenlige til å realisere politiske målsettinger og for å kunne ivareta samfunnets felles interesser. Et eksempel på dette er A/S Vinmonopolet.<sup>45</sup> Den tradisjonelle tolkningen innebærer at monopoler til fordel for stat eller kommune ikke er i strid med Grl. § 101. Denne typen monopoler er ikke i strid med prinsippet om økonomisk likestilling mellom borgerne.<sup>46</sup> I utgangspunktet vil denne typen monopoler ikke gi fordeler til noen næringsdrivende fremfor andre. Det handler i disse tilfellene om en fordel for stat eller kommune for å kunne realisere næringspolitiske målsettinger.

Men i noen tilfeller kan statlig monopolisering medføre fordeler for noen næringsdrivende og ulemper for andre. I dommen inntatt i Rt. 1955 s. 323 hadde eierne av en spesiell type møller gått til sak mot staten og hevdet at myndighetenes ekspropriasjon av møller, for å oppnå et statlig monopol på mølledrift, blant annet var i strid med Grl. § 101. Takstkommisjonen som var nedsatt i medhold av lov av 22. juni 1928 om landets kornforsyning § 9 som skulle fastsette erstatning ved ekspropriasjon, mente det ikke var å anse som økonomisk forskjellsbehandling av møllere at staten ønsket monopol på mølledrift for å sikre interessene til produsenter og forbrukere.<sup>47</sup> Det at ekspropriasjonen kun gjaldt noen typer møller, og at det derfor kunne oppstå en indirekte fordel for eiere av andre type møller, hadde ingen betydning for forholdet til Grl. § 101. Høyesterett fant at anførselen ikke kunne føre frem og sluttet seg til takstkommisjonen, som hadde uttalt:

*Om staten, ved at havregrynsmøller etter hvert eksproprieres for å legges ned, etter hånden kunne få monopol på mølledrift, ville dette ikke være i strid med Grunnlovens § 101. Og om den indirekte følge av at en del møller eksproprieres*

---

<sup>45</sup> Etter lov om Aktieselskapet Vinmonopolet 19. juni 1931 nr. 18 § 1 kan konsesjonen sies opp med ett års varsel. Dermed unngår lovgiver å komme i strid med Grl. § 101, jf. ”bestandige”.

<sup>46</sup> Andenæs, Johs. Statsforfatningen i Norge. 3. utg. Oslo, 1962 s. 277

<sup>47</sup> Formann i takstkommisjonen var Høyesterettsjustitiarius Paal Berg.

*og blir nedlagt vil være til fordel for andre private møller er heller ikke dette i strid med Grunnlovens § 101.*

Monopoler til fordel for private næringsdrivende som er opprettet av lovgiver selv eller borgeren for å realisere private økonomiske målsettinger, er i utgangspunktet i strid med Grl. § 101. I en kjennelse inntatt i Rt. 1995 s. 1789 hadde en rekke private bedrifter som drev oppstilling og drift av såkalte ferdighetsautomater, fremsatt begjæring om midlertidig forføyning for at lotteriloven av 24. februar 1995 skulle settes til side hva angikk forbud mot oppstilling og drift av slike automater for andre enn ideelle organisasjoner. Loven medførte et monopol for ideelle organisasjoner til å drive med ferdighetsautomater som en del av sin virksomhet. Oslo byrett tok ikke begjæringen til følge. Lagmannsretten stadfestet byrettens kjennelse, og Høyesteretts kjæremålsutvalg forkastet kjæremålet. Kjæremålsutvalget viste til at det ikke er i strid med Grl. § 101 å opprette monopoler til fordel for private når adgangen til virksomheten er begrenset ut fra ”generelle kriterier ut i fra samfunnsmessige formål”. Et monopol til fordel for private som utøver næringsmonopolet i samfunnets interesser og på en slik måte at utbyttet av virksomheten kommer samfunnet til gode, er ikke i strid med Grl. § 101.<sup>48</sup>

Enhver type begrensning på næringsfriheten som for eksempel adgangskontroll i form av konsesjonsordninger, vil det være anledning til å gjennomføre såfremt alle borgere som oppfyller vilkårene, likebehandles. Dette gjelder også om bevilling er avhengig av forvaltningens hensiktsmessighetskjønn. Et eksempel er utdelingen av UMTS-lisenser for noen år tilbake. Det skulle deles ut fire lisenser, og disse ble delt ut til de fire mest egnede telekommunikasjonsselskapene som hadde søkt. Som ellers må myndighetene holde seg innenfor rammene av sitt frie skjønn. Eksempelvis vil vilkårlig innskrenking i en borgers næringsfrihet være i strid med Grl. § 101, jfr. Rt. 1955 s. 323 som er behandlet ovenfor.

### 3.2.2 Domstolskontroll på næringsfrihetens område i henhold til Grunnloven

Etter å ha tolket Grl. § 101 ser man at bestemmelsen ikke setter særlige begrensninger for Stortingets frihet til å regulere næringsvirksomheten. Grl. §101 krever at likheten

---

<sup>48</sup> Castberg, Frede. Norges Statsforfatning II. 3. utg. Oslo, 1964 s. 299

realiseres på næringslovgivningens område. At noen borgere tildeles næringsprivileger, vil kunne være til skade for hele samfunnet. Allikevel vil det kun være anledning for en privat person å få prøvet en slik bestemmelses grunnlovsmessighet dersom hun har rettslig interesse i å få prøvet spørsmålet, se punkt 3.1.

Når domstolen skal kontrollere grunnlovsmessigheten av hjemmelsloven, er det et sentralt spørsmål med hvilken intensitet domstolen kan prøve om loven er i samsvar med Grunnloven. Det første spørsmål er hvordan Stortinget selv har vurdert forholdet til Grunnloven. Ut i fra en forståelse av demokrati som flertallets rett til å bestemme burde det være slik at domstolene forholder seg lojalt til de lover som Stortinget gir, men på den andre siden innebærer også demokratiet et krav om rettsikkerhet som det er domstolene oppgave å ivareta. Den sist nevnte formen for demokrati taler for at domstolen på selvstendig grunnlag skal tolke Grunnloven.

Domstolen kan stå overfor tre forskjellige situasjoner. Den minst sannsynlige situasjonen vil være den at Stortinget eksplisitt har satt seg utover Grunnloven. Videre kan tilfellet være at Stortinget har vurdert forholdet til Grunnloven og kommet til det resultatet at loven er i samsvar med Grunnloven. Endelig kan det være tilfelle at forholdet til Grunnloven ikke eksplisitt er vurdert av Stortinget. Det er sikker rett at når Stortinget ikke har vurdert forholdet til Grunnloven, vil domstolen på relativt fritt grunnlag kunne vurdere problemstillingen. For de to andre situasjonene er det i teorien en bred enighet om at det som utgangspunkt bør legges en viss vekt på det standpunktet Stortinget har tatt. Videre vil det være av betydning om det dreier seg om et tolkningsspørsmål eller om loven klart er i motstrid med Grunnloven. Hvis det foreligger tvil om tolkningsspørsmålet, er det naturlig at tvilen kommer loven til gode.<sup>49</sup> Hvor bredt spillerom Stortinget har i tolkningsspørsmål, har ikke vært et avklart spørsmål. I dommen inntatt i Rt. 1976 s.1 (Kløftasaken) hadde Ullensaker kommune krevd skjønn etter bygningsloven til fastsettelse av erstatning for ekspropriasjon til en ca. 2 km lang parsell av motorvei E 6 øst for Kløfta sentrum. Overskjønnet ble satt til side av Høyesterett. De aktuelle bestemmelser i bygningsloven var i strid med Grl. § 105. Høyesterett la ved vurderingen av lovens grunnlovsmessighet avgjørende vekt på hvilken grunnlovsbestemmelse det var tale om. For grunnlovbestemmelser til vern om

---

<sup>49</sup> Andenæs, Johs. Statsforfatningen i Norge. 8. utg. Oslo, 1998 s. 291

den personlige frihet og sikkerhet uttalte flertallet at ”grunnlovens gjennomslagskraft må være betydelig”, se Rt. 1976 på s. 5. For grunnlovsbestemmelser til vern om økonomiske rettigheter uttalte flertallet at domstolens prøvelse må være mindre intensivt noe som vil gi seg utslag i at domstolene må ”vike tilbake for å konstatere grunnlovstrid i tilfeller hvor det foreligger rimelig tvil, og hvor Stortinget klart har vurdert og bygd på at loven ikke kommer i strid med Grunnloven”, se dommens s. 6.

Grl. § 101 verner den økonomiske likestillingen mellom borgerne. Dette innebærer at domstolene ved overprøvelse av lovers forhold til Grl. § 101, må la lovbestemmelsen gå klar av Grunnloven hvis det foreligger ”rimelig tvil”. Videre må det legges avgjørende vekt på Stortingets oppfatning av spørsmålet når dette er blitt vurdert.

## **4 Domstolskontroll med begrensninger i næringsfriheten etter ikrafttreddelsen av EØS-avtalen**

### **4.1 Innledning**

Som vi har sett under punkt 3.2 beskytter ikke Grl. § 101 næringsfriheten som sådan, men bestemmelsens formål er å sikre likhet mellom borgerne. Grl. § 101 utgjør i liten grad en begrensning på Stortingets lovgivningskompetanse. EØS-avtalens regler om de fire friheter, statsstøtteregler og konkurranseregler beskytter sentrale sider av næringsfriheten for EØS-statenes borgere. Men bakgrunnen for EØS-avtalens regler er ikke å beskytte næringsfrihet som sådan, men er utviklet som et verktøy for å realisere EØS-avtalens målsettinger. Formålet med EØS-avtalen fremgår av art. 1 første ledd:

*Formålet med denne assosieringsavtalen er å fremme en vedvarende og balansert styrking av handel og økonomiske forbindelser mellom avtalepartene, med like konkurransevilkår og overholdelse av de samme regler, med sikte på å opprette et ensartet Europeisk Økonomisk Samarbeidsområde, heretter kalt EØS.*

EØS-avtalens hovedmålsetting er altså å sikre ensartede regler i hele EØS-området. Dermed er det mulig å oppnå et indre marked som vil fremme handel mellom avtalepartene. Ved å realisere EØS-avtalens målsetninger mener avtalepartene å kunne skape mest mulig velferd for EØS-borgerne.

I EØS-avtalens fortale femtende ledd fremgår det hvordan avtalepartene mener at de nasjonale domstoler skal forholde seg til homogenitetsmålsettingen i EØS art. 1:

*Som tar i betraktning at avtalepartenes formål, med full respekt for domstolenes uavhengighet, er å nå frem til og opprettholde en lik fortolkning og anvendelse av denne avtalen og de bestemmelser i Fellesskapets regelverk som i det vesentlige er gjengitt i denne avtalen, og å nå frem til lik behandling av*

*enkelpersoner og markedsdeltagere med hensyn til de fire frihetene og konkurransevilkårene.*

EØS-avtalen påvirker formelt sett ikke den nasjonale domstolskontrollen,<sup>50</sup> men ikrafttreddelsen av EØS-avtalen medførte en rekke nye skranker for Stortingets lovgivningskompetanse, og ga en rekke nye rettigheter til private rettssubjekter. Disse bestemmelsene omfatter til dels rettsområder som tidligere i mindre grad har vært gjenstand for rettslig kontroll. Domstolene må som en følge av EØS-avtalen, i større utstrekning enn tidligere, kontrollere lovgivningen på næringsfrihetens område.

I tillegg til den nasjonale domstolskontrollen er det opprettet to organer som skal kontrollere, og eventuelt dømme, norske myndigheter. EØS-avtalens håndhevelsorganer utøver en annen form for domstolskontroll enn norske domstoler.

Jeg skal i det følgende behandle tre saker for å vise hvordan domstolsorganene kontrollerer lovbestemte begrensinger i næringsfriheten som følge av EØS-avtalen. Jeg vil starte med å presentere faktum i de tre sakene. Her vil jeg også presentere de rettsregler i EØS-avtalen som har betydning for sakene. Med dette som bakgrunn vil jeg illustrere hvilken betydning EØS-avtalen har hatt på domstolskontroll med lovbestemte begrensninger på næringsfriheten. Først vil jeg begynne med gi en oversikt over EØS-avtalen og hvordan denne tolkes.

## 4.2 EØS-avtalen og hvem som fortolker den

Avtalen om et europeisk økonomisk samarbeid ble inngått 2. mai 1992 med den hensikt at EFTA-landene skulle bli en del av EUs<sup>51</sup> indre marked. EØS-avtalen er formelt en folkerettslig avtale som regulerer det økonomiske samarbeidet mellom avtalepartene. Det fremgår i avtalens fortale fjerde ledd at samarbeidet skal være *dynamisk og ensartet*.

---

<sup>50</sup> Syrstad, Helge. EØS-avtalen og norsk forvaltningsrett – en oversikt. I JV Hefte 6 /2003 s. 347

<sup>51</sup> Forhandlingene ble ført mellom EFTA-statene og EF-statene. EF er en forkortelse for Det europeiske fellesskap. Unionstraktaten (TEU) ble undertegnet vinteren 1992 i Maastricht som trådte i kraft 1. november 1993. Fra da av ble EF i hovedsak omtalt som EU. I denne oppgaven omtaler jeg fellesskapet som EU selv om det i visse sammenhenger hadde vært korrekt å presisere at fellesskapet da het EF. Imidlertid omtaler jeg EUs domstol som EF-domstolen.

At avtalen er dynamisk, innebærer at denne skal videreutvikles over tid. Dette betyr at EØS-avtalens innhold ikke er begrenset til gjeldende fellesskapsrett anno 1992, men også omfatter senere rettsutvikling i EU på områder som er omfattet av EØS-avtalen. I uttrykket ensartet ligger et krav om rettshomogenitet. Dette innebærer at EØS-avtalen skal tolkes likt i hele EØS-området. Videre innebærer det at EØS-retten skal tolkes i samsvar med EU-retten som den er en kopi av.<sup>52</sup>

Et av EUs utgangspunkter i forhandlingene om EØS var at avtalen ikke skulle ha virkning på EU-institusjonenes autonome rett til å vedta og fortolke EU-retten.<sup>53</sup> På den annen side innebar ikrafttreddelsen av EØS-avtalen reelt sett en stor overføring av suverenitet fra Norge til EU – siden 1994 har en del av norsk lovgivning vært en ren avskrift av EUs rettsakter.<sup>54</sup> Dermed har EF-domstolens avgjørelser stor faktisk betydning for norsk rett og samfunnsutvikling. I EU er det EF-domstolen som med hjemmel i EFT art. 220 har den autoritative fortolkningen av EU lovgivningen. Som følge av kravet om EU-institusjonenes autonome rett var det ikke mulig å opprette en domstol på lik linje med EF-domstolen innenfor EFTA-systemet.

EØS-avtalen innebærer ikke en overføring av lovgivningskompetanse til et overnasjonalt organ. Endringer og utvidelser av EØS-avtalen innebærer inngåelse av en ny folkerettslig avtale mellom avtalepartene. Det er innført en forenklet prosedyre for dette i EØS-avtalen art. 102. EØS-komiteen har kompetanse til å bestemme at nye rettsakter i EU skal gjøres til en del av EØS-avtalen.<sup>55</sup>

EØS-loven gjør EØS-avtalen til norsk lov. Den vesentlige mengden av saker hvor EØS-retten kommer til anvendelse, pådømmes av nasjonale domstoler. Dette gjør de nasjonale domstoler til det viktigste verktøyet for gjennomføring av avtalen og rettshomogenitet. Når norske dommere tar i bruk EØS-avtalen, vil rettskildebruken deres variere fra tradisjonell norsk juridisk metode. For å avgjøre innholdet i EØS-rettslige regler er spesifikke norske rettskildefaktorer av mindre betydning. Det er

---

<sup>52</sup> EØS-rett. Sejersted, Fredrik...[et al.]. Oslo, 1999 s. 58-59

<sup>53</sup> EØS-rett. Sejersted, Fredrik...[et al.]. 2. utg. Oslo, 2004 s. 85

<sup>54</sup> Fordi EØS-avtalen innebar at organer i EØS på et saklig begrenset område kunne utøve beføyelser som etter Grunnloven er tillagt norske myndigheter, måtte tilslutningen vedtas etter Grl. § 93.

<sup>55</sup> EØS-rett. Sejersted, Fredrik...[et al.]. 2. utg. Oslo, 2004 s. 177-183



en folkerettslig metode som må anvendes ved tolkning av EØS-avtalen. Metoden fremgår av traktatkonvensjonen<sup>56</sup> art. 31. Denne er ikke ratifisert av Norge, men er å anse som folkerettslig sedvane.<sup>57</sup>

Av EØS-avtalens art. 6 fremgår det at norske domstoler ved anvendelse av avtalen skal fortolke denne ”i samsvar med de relevante rettsavgjørelser” fra EF-domstolen som ble truffet før undertegning av EØS-avtalen, på de områdene hvor traktatens materielle innhold er identiske. Det er gjort et forbehold for den fremtidige utviklingen i EF-domstolens rettspraksis. Hvordan norske domstoler skal forholde seg til den fremtidige utviklingen i EF-domstolens rettspraksis, er ikke regulert utover kravene til dynamikk og ensartethet og lojalitetskravet i EØS-avtalen art. 3. ODA art. 3 andre ledd pålegger EFTA-domstolen å ta ”tilbørlig hensyn” til EF-domstolens tolkninger etter at EØS-avtalen trådte i kraft. Vi ser at det foreligger forskjellige skjæringstidspunkter for de nasjonale domstolene og EFTA-domstolen. Årsaken til denne forskjellen er hensynet til de nasjonale myndigheters suverenitet. I praksis blir disse skjæringstidspunktene ikke tillagt betydelig vekt. Både kravene til en dynamisk og ensartet avtale samt lojalitetskravet i EØS-avtalens art. 3 tilsier at norske domstoler må legge avgjørende vekt på de relevante avgjørelsene fra EF-domstolen som er falt etter at EØS-avtalen ble undertegnet. Men det må ikke glemmes at det finnes noen vesentlige forskjeller på EØS-samarbeidet og EU-samarbeidet som vil få betydning for tolkningen av EØS-avtalen. De avgjørende forskjellene er at EØS-avtalen ikke innebærer en overnasjonal dimensjon og at EØS-avtalen har et betydelig snevrere anvendelsesområde enn EF-traktaten.<sup>58</sup>

Dersom norske domstoler kommer til at en lovbestemt begrensning i næringsfriheten er i strid med EØS-avtalen, følger det av EØS-loven § 2 at bestemmelser i lov som tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter EØS-avtalen, ved konflikt skal gå foran andre lovbestemte begrensninger i næringsfriheten dersom bestemmelsene regulerer samme forhold. EØS-loven § 2 har dermed innført en ny dimensjon ved domstolskontrollen: Er loven ”lov” å bruke?

---

<sup>56</sup> Vienna Convention on the law of treaties 23.05.1969

<sup>57</sup> Ruud, Morten. Ulfstein, Geir. Innføring i folkerett. Oslo, 1998 s. 48.

<sup>58</sup> EØS-rett. Sejersted, Fredrik...[et al.]. 2. utg. Oslo, 2004 s. 203

### 4.3 Monopolsaken

#### 4.3.1 Sakens bakgrunn

Det første formen for domstolskontroll som jeg skal behandle, er de tilfellene hvor norske domstoler kontrollerer norsk rett mot bestemmelser i EØS-avtalen. Denne kontrollen kan sammenliknes med den tradisjonelle prøvelsen domstolene foretar av grunnlovsmessigheten av norsk lovgivning. Det er i denne sammenhengen man kan omtale EØS-avtalen som en semikonstitusjonell lov. For å utdype denne formen for domstolskontroll med lovbestemte begrensninger i næringsfriheten, skal jeg bruke den såkalte monopolsaken<sup>59</sup> som eksempel. Avgjørelsen viser hvordan EØS-avtalen opptrer som en skranke for lovgiver og hvordan domstolene kontrollerer at lovgiver holder seg innenfor den skranken. Først vil jeg kort vise bakgrunnen for saken og hvordan saken ble behandlet for tingretten. Deretter vil jeg beskrive de norske reglene som viste seg å være i strid med bestemmelser i EØS-avtalen. I punkt 4.3.2 vil jeg vise med hvilken intensitet domstolskontrollen utføres på lovbestemte begrensninger i næringsfriheten etter ikrafttredelsen av EØS-avtalen.

Lov om endringer i pengespill- og lotterilovgivningen av 29. august 2003 nr. 90 gir Norsk Tipping enerett til å eie, oppstille og drive gevinstautomater. Lovendringen innebar at lotteridrift gjennom gevinstautomater ble overført fra lotteriloven<sup>60</sup> som regulerte private aktører på dette markedet, til pengespilloven<sup>61</sup> som kun omfatter Norsk tipping som aktør på gevinstautomatmarkedet. Kultur- og kirkedepartementet måtte som en følge av dette foreta endringer i den såkalte oppstillingsforskriften, forskrift av 22. september 2000 nr. 960, som regulerte tillatelser for private til å stille opp gevinstautomater. I forskriften § 2 het det etter endringen at ”tillatelser til å stille opp gevinstautomater kan ikke gis varighet ut over 31. desember 2004”. Dermed hadde ikke lenger private tillatelse til å sette opp slike automater, og de fikk også en plikt til å fjerne de eksisterende automatene. Det at tillatelsene ble trukket tilbake som en følge av

---

<sup>59</sup> Oslo tingretts dom av 27. oktober 2004

<sup>60</sup> Lov av 24. februar 1995 nr. 11 om lotteri m.v.

<sup>61</sup> Lov av 28. august 1992 nr. 103 om pengespill m.v.

lovendringen, var det som måtte gjøres til gjenstand for et søksmål mot staten for å kontrollere den lovbestemte begrensningen på næringsfriheten.

Norsk Lotteri- og Automatbransje forbund og Norsk Lotteridrift ASA anla sak mot staten ved Kultur- og Kirkedepartementet for Oslo tingrett. I *hovedsaken* var det lagt ned påstand om at staten ikke hadde adgang til å forby oppstilling og drift av gevinstautomater med den begrunnelse at bare Norsk Tipping har rett til å oppstille og drive slike automater, og at staten ikke hadde adgang til å avslå søknader om oppstilling og drift av slike automater med samme begrunnelse. Sakens gjenstand var derfor en begrensning i utøvelse av næringsvirksomhet som fulgte av et forvaltningsvedtak, nærmere bestemt endringen i oppstillingsforskriften. Det var ikke noen tvil om at departementet hadde kompetanse til å endre oppstillingsforskriften som en følge av endringen av lotteriloven og pengespilloven, men saksøkerne påstod at Stortinget ved lovendringene hadde gått utenfor rammene av sin lovgivningskompetanse på næringsfrihetens område. Derfor kunne heller ikke departementet følge opp med endringen i oppstillingsforskriften. I realiteten var det derfor forholdet mellom Stortingets lovvedtak og EØS-avtalen som var gjenstand for prøvelse.

I *forføyningssaken* hadde Norsk Lotteridrift begjært midlertidig forføyning for at de var berettiget til å fortsette sin virksomhet med drift av gevinstautomater uten hinder av endringsloven, alternativt at staten forbys å iverksette eller anvende lovendringen, inntil rettskraftig dom forelå.

Tingretten ga saksøkeren medhold i hovedsaken. Denne er anket til lagmannsretten av staten. Tingretten forkastet begjæringen om midlertidig forføyning. Kjennelsen ble påkjært til Borgarting lagmannsrett. I kjennelse av 30. november 2004 fikk Norsk Lotteridrift midlertidig forføyning for at staten forbys å iverksette eller anvende endringene i lotteriloven og pengespilloven inntil rettskraftig dom forelå.

Lovlig pengespill er og har vært underlagt statlig regulering i Norge. Pengespill har vært lovlig dersom overskuddet har vært brukt til humanitære og samfunnsnyttige formål. I løpet av 1990-tallet så man en enorm økning i omsetning på gevinstautomatene. Bakgrunnen for denne utviklingen var nok i stor grad den eneretten som samfunnsnyttige og humanitære organisasjoner fikk i medhold av lotteriloven til

oppstilling av gevinstautomater sammen med den raske teknologiske utviklingen av gevinstautomater. Utviklingen førte med seg en samfunnsdebatt hvor temaet var dobbel moralsen i det at mennesker utvikler spilllegalskap på automater hvis overskudd blir brukt til humanitære og veldedige formål. For å møte dette voksende samfunnsproblemet ønsket regjeringen å foreta en ny regulering av spilleautomatbransjen i Norge. Hvordan regjeringen ønsket å løse dette voksende problemet er kommet til uttrykk i Ot.prp. nr. 44 (2002-2003) Lov om endringer i pengespill- og lotterilovgivningen. I Innst.O. nr. 124 (2002-2003) Innstilling fra familie-, kultur og administrasjonskomiteen om lov om endringer i pengespill- og lotterilovgivningen slutter komiteens flertall seg til regjeringens forslag.

Hovedbegrunnelsen for den nye loven hvor regjeringen ønsket en opprydding på gevinstautomatmarkedet, var ønsket om å kunne bekjempe spilleavhengighet, forebygge kriminalitet mer effektivt, få bedre kontroll med misligheter i bransjen og bedre mulighet for å håndheve 18 års aldersgrense strengere.<sup>62</sup>

Som vi har sett ovenfor i punkt 3.2.1 utgjør Grl. § 101 ingen hindring for monopoler til fordel for stat eller kommune. Bestemmelsens formål er å beskytte næringsdrivende mot forskjellsbehandling fra Stortingets side. Hvorvidt Norsk Tipping er å anse som en del av den norske stat, kan det være forskjellige meninger om. Uavhengig av hva som er riktig, anses det ikke som forskjellsbehandling i Grl. § 101 forstand når Stortinget tillegger et utvalgt organ en enerett. I kjennelsen inntatt i Rt. 1995 s. 1789 uttalte Høyesteretts kjæremålsutvalg at Grl. § 101 ikke var til hinder for at adgangen til å drive virksomhet begrenses ut i fra generelle kriterier begrunnet i samfunnsmessige formål.<sup>63</sup>

Saksøkerne i lotterisaken anførte at et monopol på drift av spilleautomater var i strid med EØS art. 31 om fri etableringsrett og art. 36 om fri flyt av tjenester. Fri etableringsrett og fri flyt av tjenester utgjør sammen med reglen om fri flyt av kapital og varer reglene om de fire frihetene. Bakgrunnen for utviklingen av disse frihetene i Romatraktaten<sup>64</sup> var målsettingen om å skape et felles marked med de samme

---

<sup>62</sup> Ot.prp. nr. 44 (2002-2003) Lov om endringer i pengespill- og lotterilovgivningen s. 2

<sup>63</sup> Kjennelsen er mer utførlig behandlet i punkt 3.2.1

<sup>64</sup> Traktat om opprettelse av det europeiske økonomiske fellesskap av 1957

karakteristika som et nasjonalt marked. Før vedtakelsen av EØS-avtalen utgjorde EFTA-samarbeidet kun frihandel mellom disse statene.

Fri bevegelse av personer omfattet i utgangspunktet arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende. Nå gjelder denne bestemmelsen alle personer som fullt ut kan dekke sine egne oppholdsutgifter. Det fritt å kunne etablere næringsvirksomhet i et annet EØS-land er en forutsetning for at fri bevegelse av personer reelt skal kunne være et virkemiddel for å realisere målsettingen om et felles indre marked. Etableringsretten i EØS art. 31 omfatter selvstendig næringsdrivende og juridiske personer som skal utøve økonomisk virksomhet på en stabil og vedvarende måte.<sup>65</sup> Videre følger det av EØS art. 34 at selskapet som skal drive den økonomiske aktiviteten, må være opprettet i samsvar med lovgivningen i en EØS-stat og at selskapet må ha sitt vedtektsbestemte sete, hovedadministrasjonen eller hovedforetak, innenfor EØS-området.

Fri flyt av tjenester innebærer at man fritt skal kunne utveksle tjenester over landegrensene. Dette følger av EØS art. 36. Tjenestereglene regulerer midlertidig næringsvirksomhet, som er av grenseoverskridende karakter. Restriksjoner på slik virksomhet er forbudt. Spørsmålet er når det foreligger en tjeneste i EØS-avtalens forstand. Det fremgår av EF-domstolens praksis at tjenestens karakter ikke er avgjørende. Videre er det heller ikke avgjørende om tjenesten er ulovlig i vertsstaten. Det stilles krav om at ytelsen vanligvis må ytes mot betaling. Dette innebærer at det må foreligge en form for økonomisk aktivitet. Formålet med aktiviteten er ikke avgjørende, men det avgjørende vil være om aktiviteten rent faktisk utgjør økonomisk virksomhet. På denne bakgrunn har EF-domstolen kommet frem til at lotterier i utgangspunktet omfattes av tjenestereglene.<sup>66</sup> Videre kreves det et grenseoverskridende element i forhold til en annen EØS-stat. Dette innebærer at reglene ikke vil komme til anvendelse i de tilfellene hvor tjenesteyter og tjenestemottaker befinner seg i samme EØS-stat og tjeneste ytes i den samme staten hvor de befinner seg.

Imidlertid står ikke EØS-statene maktesløse overfor etablering av næringsdrivende eller ytelse av tjenester som oppfattes som uheldige. Selv om et tiltak vedtatt av nasjonale

---

<sup>65</sup> Sak C-55/94, Gebhard mot Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano

<sup>66</sup> Jfr. Sak C-275/92, Her Majesty's Customs and Excise mot Schindler

myndigheter i utgangspunktet er en restriksjon på etableringen eller tjenesteytelse, er det muligheter for å vurdere om restriksjonen kan opprettholdes. EF-domstolen har tolket restriksjonsbegrepet svært vidt. Som følge av dette ligger ikke problemet i å fastslå om det foreligger en restriksjon eller ikke, men å vurdere om den er tillatt. Unntaksreglene er i prinsippet de samme for varer, arbeidstakere, etableringsretten og tjenester.<sup>67</sup> Det er to forskjellige regelsett som kan gjøre en restriksjon rettmessig. Det første grunnlaget følger av EØS art. 39, jfr. art. 33, for tjenester og av EØS art. 33 for etableringsretten. En restriksjon er rettmessig hvis den er begrunnet i hensynet til ”offentlig orden, sikkerhet og folkehelse”. Det andre grunnlaget fremgår av EF-domstolens rettspraksis. Dette er læren om allmenne hensyn som innebærer at restriksjoner kan anses som rettmessige, hvis restriksjonen er begrunnet i allmenne hensyn og rammer både faktisk og rettslig alle private og juridiske personer som driver virksomhet innefor EØS-området likt. Læren om allmenne hensyn omfatter en langt større unntaksgruppe enn de unntakene som er hjemlet i selve avtalen. Men som følge av at denne lærer ikke får anvendelse på restriksjoner som direkte eller indirekte har en diskriminerende virkning, ser vi at EØS-avtalen innebære en vesentlig skranke på avtalepartenes mulighet til å regulere næringsutøvelsen.

#### 4.3.2 Hvordan utøves domstolskontrollen

Etter å ha presentert saken vil jeg nå vise med hvilken intensitet nasjonale domstoler prøver lovbestemte begrensninger i næringsfriheten. I hvilken grad kan man si at domstolskontrollen har endret seg som følge av ikrafttreddelsen av EØS-avtalen?

Formelt sett har ikke ikrafttreddelsen av EØS-avtalen ført til noen endring av nasjonale domstolers kompetanse, se punkt 4.1. Saksøkerne hadde lagt ned påstand om at endringene i lotteriloven og pengespilloven, og derigjennom endringene i oppstillingsforskriften, var ugyldige som sådan. Partene var uenige om saksøkerne kunne få dom med dette innhold, jfr. tvistemålsloven § 54.<sup>68</sup> Staten anførte at saksøkerne ikke kunne få fastsettelsesdom med dette innhold. Poenget må vel være at en dom i saksøkernes favør bare er rettskraftig mellom partene, og derfor vil loven kun være ”ugyldig” mellom partene. Staten hadde derfor foreslått at saksøkernes påstand ble

---

<sup>67</sup> EØS-rett. Sejersted, Fredrik...[et al.]. 2. utg. Oslo, 2004 s. 448

<sup>68</sup> Se nærmere om tvistemålsloven § 54 i punkt 3.1.

endret i denne retning. Domstolen uttalte at realiteten i en dom i saksøkernes favør ville være at lovendringene ble innholdsløse som stridende mot EØS-avtalen, men domstolen uttalte om dette:

*Dette medfører imidlertid ikke at loven er ugyldig som norsk lov. Loven er vedtatt av Stortinget og sanksjonert av Kongen i statsråd og er sånn sett ikke ugyldig. Ei heller tilligger domstolen å oppheve loven eller å pålegge Stortinget å oppheve eller endre loven.<sup>69</sup>*

Norsk Lotteridrift hadde også krevd midlertidig forføyning for at de var berettiget til å fortsette sin virksomhet med drift av gevinstautomater. Man kan ikke oppnå mer med midlertidige tiltak enn ved endelig domsavgjørelse, se Ot.prp. nr. 65 (1990-91) s. 290. Tingretten konstaterte at det ikke kan gis dom for at de kunne få fortsette som før på samme vilkår. De kunne heller ikke få dom for at nye oppstillingstillatelser kunne utstedes, eller at de kunne få fortsette med samme type automater som de i dag hadde oppstilt. Når det ikke kunne gis dom for dette, fikk ikke Norsk Lotteridrift heller medhold i den midlertidige forføyning.

Kjennelsen ble anket til Borgarting lagmannsrett. I kjennelse av 30. november 2004 fikk Norsk Lotteridrift midlertidig forføyning for at staten forbys å iverksette eller anvende endringene i lotteriloven og pengespilloven inntil rettskraftig dom forelå.

Lagmannsretten mente hovedkravet var sannsynliggjort, jfr. tvangsfullbyrdelsesloven § 15-1, og mente det forelå sikringsgrunn etter tvangsfullbyrdelsesloven § 15-2 første ledd litra b. Dersom Norsk Lotteridrift ikke fikk fortsette som før, ville dette føre til nedleggelse av virksomheten og oppsigelse av de ansatte. Dette kunne ikke avhjelpes med erstatning fra staten. I realiteten fikk de kjærende parter midlertidig satt til side loven. Dermed ser vi at domstolskontroll med EØS-avtalen setter til side Stortingets klare og bevisste lovgivning.

Med dette som utgangspunkt måtte tingretten like fullt ta stilling til lovens forhold til EØS-avtalen. Saksøker anførte at lov om endringer i lotteriloven og pengespilloven var

i strid med EØS art. 31 om fri etableringsrett og art. 36 om fri flyt av tjenester. Oslo tingretts oppgave var å prøve lovendringens forhold til EØS-avtalen. Retten slår fast at etableringen av monopolet for Norsk Tipping innebærer et inngrep i etablerings- og tjenestefriheten. Det avgjørende ble dermed om inngrepet kunne aksepteres i medhold av læren om allmenne hensyn.

Tingretten viser til at det i minst fem dommer avsagt av EF-domstolen er tatt stilling om en nasjonal lovgivning som begrenser et fritt spillemarked, er forenlig med EU-retten.<sup>70</sup> Det fremgår av denne praksisen at medlemsstatene i utgangspunktet har en stor grad av frihet i utformingen av sin lotteri- og pengespillpolitikk. Sosialpolitiske hensyn, moralske, religiøse og kulturelle forhold kan derfor begrunne inngrep i tjeneste- og etableringsfriheten. Som nevnt ovenfor under punkt 4.3.1 må virkemiddelet være egnet til å realisere det formålet lovgiver forfølger, det må ikke gå lenger enn det som er nødvendig for å realisere formålet, og inngrepet må anvendes uten forskjellsbehandling. Ved domstolskontrollen vil det derfor være avgjørende å se hva som er *begrunnelsen* for inngrepet, og om det valgte virkemiddel faktisk har den virkning som begrunnelsen tilsier. Som tingretten selv fremholder i punkt 6.3 i dommen innebærer dette:

*Ovennevnte innebærer en langt bredere og ”dypere” prøvelse av lovgivers mål og midler enn det en norsk domstol ellers har kompetanse til.*

I forarbeidene til lovendringen heter det i Ot.prp. nr. 44 (2002-2003) s. 26:

*Etter departementets mening tilsier ovennevnte forhold at verken justeringer innenfor rammen av dagens modell eller et konsesjonssystem med en eller flere aktører vil sikre en samfunnsmessig forsvarlig innretning av gevinstautomatvirksomheten i Norge. Departementet er kommet til at den eneste modell som vil gi full kontroll med det spilleteilbud som gis via gevinstautomater, er en modell med en heleid statlig operatør som er direkte styrt og kontrollert av staten.*

---

<sup>69</sup> I Rt. 1997 s. 580 uttaler Høyesterett at ”normalt kan man ikke få dom for gyldigheten av en lov eller en provisorisk anordning”. Det fremgår av dommen at dette kan stille seg annerledes i ”helt ekstreme tilfeller”.

<sup>70</sup> C-275/92 *Shindler*, C-124/97 *Läärä*, C-67/98 *Zenatti*, C-6/01 *Anomar* og C-243/01 *Gambelli*



Til denne uttalelsen fra lovgiver uttaler tingretten:

*Vanligvis ville domstolen lagt ovennevnte uttalelse fra lovgiver uten ytterligere prøvelse. Imidlertid kan det ikke være tvil om at tingretten i herværende sak skal foreta en prøvelse av lovens reelle formål og hvorvidt målet kan nås med mindre inngripende midler [...]*

EØS-avtalen innebærer dermed at domstolene i større grad enn ellers skal kontrollere Stortingets lovbestemte begrensninger på næringsfrihetens område. Kontrollen omfatter de faktiske virkninger av lovgivers begrensninger i motsetning til en kontroll av hva Stortinget anfører som ønskede virkninger av begrensningen. Konsekvensen av dette er at når Stortinget ønsker å innføre begrensninger i den næringsfriheten som kommer til uttrykk i EØS-avtalen, vil det være avgjørende at begrensningen både rettslig og faktisk faller innenfor de rammer som EF-domstolen har trukket for læren om allmenne hensyn.

Ved den konkrete prøvelsen tar Oslo tingrett utgangspunkt i den begrunnelse for mono-polet som er kommet til uttrykk i forarbeidene, høringsbrevene og korrespondansen mellom Norsk Tipping og departementet, se dommen punkt 6.3.2. Hensikten er å undersøke hvilke hensyn som begrunner monopolordningen. Etter å ha gjennomgått det relevante materiale konkluderer tingretten med følgende:

*Retten har ikke grunnlag for å mene noe annet enn at Stortinget innførte loven for å begrense spilleavhengighet, kriminalitet og brudd på aldersgrensen og samtidig sikre inntektsstrømmen til Norsk Tipping og organisasjonene.*

Den første del av begrunnelsen kan anses som sosialpolitiske hensyn som aksepteres i henhold til læren om allmenne hensyn. Staten hadde anført at den finansielle siden var en underordnet bivirkning i forhold til de sosialpolitiske hensyn. Inntektene fra monopolordningen skulle kanaliseres gjennom det ikke-kommersielle selskapet Norsk Tipping og til allmennyttige formål, ikke til staten. Derimot slår tingretten fast at sikringen av inntektsstrømmen var en tilsiktet, uttalt og vesentlig del av begrunnelsen for opprettelsen av mono-polet.

Videre kontrollerer tingretten om et monopol er egnet til å nå det ønskede mål, se dommen punkt 6.3.3. Hensikten med denne drøftelsen er å kontrollere at det valgte virkemiddel faktisk er egnet til å forfølge de ønskede mål, ikke bare at det ser slik ut på papiret. Tingretten aksepterer at et monopol kan være egnet til å bekjempe spilleavhengighet, men at dette ikke er den eneste og beste modell for å bekjempe problemet.

Tingretten undersøker også om monopolet er et utslag av en konsistent statlig spillepolitikk, se dommen punkt 6.3.4. Spilleavhengighet er en følge av at det finnes gevinstautomater, ikke om automatene styres av en monopolist eller er åpent for enhver å sette ut. Når Norsk Tipping hadde uttalt at det var et mål å doble omsetningen på spilleautomater, mente tingretten at dette ikke var i samsvar med Stortingets mål om å bekjempe spilleavhengighet.

Ut fra den begrunnelsen for monopolet som er lagt til grunn, undersøker tingretten om disse hensyn ikke også kan søkes varetatt med mindre inngripende midler, se dommen punkt 6.3.5. Dette er en forholdsmessighetsvurdering som praksis fra EF-retten har lagt til grunn som et uttrykk for minste inngreps prinsipp. Tingretten konstaterer at også den tidligere modell for å styre gevinstautomatene kunne vareta de samme hensyn, og det var derfor vanskelig å forsvare en monopolordning.

På dette grunnlag konkluderer tingretten med at etableringen av automatmonopolet for Norsk Tipping er i strid med EØS-avtalens art. 31 og 36. Virkningen av dette for lovendringen drøftes i dommen punkt 6.5. I utgangspunktet følger det av EØS-loven § 2 at EØS-avtalens regler skal gå foran ved strid med annen lovgivning som ikke tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter avtalen. I Innst.O. nr. 14 (1992-93) s. 4 heter det at dersom Stortinget i enkelttilfeller ”uttrykkelig” gir til kjenne at ny lov skal gjennomføres selv om den skulle være i strid med lov eller forskrift som tjener til å oppfylle EØS-forpliktelser, må domstolene respektere dette.<sup>71</sup> Imidlertid kunne ikke tingretten se at dette var tilfelle for lovendringene. Lovendringene måtte derfor vike for

---

<sup>71</sup> Noe annet er at dette kan innebære et traktatbrudd for Norge. Konsekvensene av dette vil følge av Norges internasjonale forpliktelser.

EØS-avtalen, og saksøkerne fikk medhold i sine påstander i hovedsaken med det unntak som er nevnt ovenfor.

Det som er verdt å merke seg med denne dommen er at lovendringen ut i fra tradisjonell norsk rett ikke er bestridt. Som vi har sett i punkt 3.2 er liknende problemstillinger vurdert i norsk rett, men da i forhold til Grunnloven, og ikke funnet i strid med denne. Med ikrafttreddelsen av EØS-avtalen må domstolene kontrollere Stortingets lovbestemte begrensninger i næringsfriheten og begrunnelsen for dette i mye større utstrekning.

Dermed ser vi at virkningen av den omfattende domstolskontrollen fører til at regjeringen ikke kan sette i verk de tiltak som Stortinget har bestemt for næringsvirksomhet dersom begrensningene strider mot EØS-avtalen.

Dommen er avsagt av Oslo tingrett og har som følge av dette ikke den samme rettskildevikt som en dom avsagt av Høyesterett. Dette er ikke av avgjørende betydning i denne sammenheng da jeg vil forsøke å illustrere metoden tingretten som andre domstoler tar i bruk for å kontrollere at lovgivningen er i overensstemmelse med EØS-avtalen.

## 4.4 Rusbrussaken

### 4.4.1 Sakens bakgrunn

Den neste formen for domstolskontroll jeg skal behandle er når ESA går til traktatsbruddssøksmål mot Norge for EFTA-domstolen. Domstolskontrollen kan sammenliknes med en tradisjonell sak for nasjonale domstoler, men den materielle prøvelsen relaterer seg til forholdet mellom EØS-avtalen og norsk lovgivning. EFTA-domstolen er slik sett ikke avhengig av EØS-loven § 2 for å konstatere at norsk lovgivning skal vike ved motstrid, men domstolens avgjørelser har på den annen side ingen rettslige sanksjonsmidler dersom Norge ikke respekterer avgjørelsen. For å utdype denne formen for domstolskontroll med lovbestemte begrensninger i næringsfriheten, skal jeg bruke den såkalte rusbrussaken<sup>72</sup> som eksempel. Denne viser hvordan EØS-avtalen er en skranke for lovgiver og hvordan domstolene kontrollerer at

---

<sup>72</sup> Sak E-9/00, ESA mot Norge

lovgiver holder seg innenfor den skranken. Først vil jeg kort vise bakgrunnen for saken og hvordan saken ble behandlet for EFTA-domstolen. Deretter vil jeg beskrive de norske reglene som viste seg å være i strid med bestemmelser i EØS-avtalen. I punkt 4.4.2 vil jeg vise med hvilken intensitet EFTA-domstolen fører kontroll med lovbestemte begrensninger i næringsfriheten.

Det følger av alkoholloven § 1-4a at ”salg, skjenking, engrossalg og tilvirkning av alkoholholdig drikk” kun kan skje på grunnlag av bevilling. A/S Vinmonopolet har enerett på salg av brennevin, vin og øl med høyere alkoholinnhold enn 4.75 %, jfr. § 3-1. Bestemmelsens annet ledd regulerer salg av øl med lavere alkoholinnhold enn 4.76 %. Salg av slikt øl kan foretas på grunnlag av kommunal bevilling utenom monopolet for øvrige alkoholholdige drikker. Rusbrus regnes som vin i alkoholovens forstand, jfr. § 1-3 tredje ledd litra b. Dette innebærer at rusbrus med lavere alkoholinnhold enn 4.76 % bare kan selges på A/S Vinmonopolet selv om øl med samme alkoholinnhold også kan selges i andre butikker.

I rusbrussaken hadde ESA mottatt en klage på at rusbrus ikke kunne selges utenom A/S Vinmonopolet. Når ESA fatter mistanke om brudd på EØS-retten, settes traktatsbruddprosedyren i gang med hjemmel i ODA-avtalen art. 31. Denne prosessen foregår i flere trinn som kun delvis fremgår av art. 31.<sup>73</sup> ESA tar først uformell kontakt med myndighetene og ber om nærmere opplysninger. Hvis saken ikke løses etter dette, åpnes den formelle saksbehandlingen med et såkalt åpningsbrev til myndighetene. Brevet inneholder ESAs vurdering av saken og gir de nasjonale myndighetene en svarfrist. På dette stadiet løses ofte saken som følge av at nasjonale myndigheter godtar at de har tatt feil eller fordi de har overbevist ESA om at de er i sin fulle rett. Hvis saken ikke avsluttes med dette, utsteder ESA en grunnlagt uttalelse. Denne er ESAs endelige syn på saken. En slik uttalelse er ikke et formelt vedtak. I rusbrussaken ble ikke ESA og norske myndigheter enige etter den uformelle kontakten, og ESA åpnet derfor traktatsbruddprosedyren med åpningsbrev av 10. september 1998. ESA hevdet at norsk alkohollovgivning var i strid med EØS-avtalen på to punkter. For det første at det var diskriminerende å operere med strengere regler for salg av alkoholholdige drikkevarer med alkoholprosent mellom 2.5 og 4.75 enn for øl med samme alkoholprosent.

---

<sup>73</sup> EØS-rett. Sejersted, Fredrik...[et al.]. 2. utg. Oslo, 2004 s. 147

Problemstillingen knytter seg til organiseringen av monopolet for salg av alkoholholdige drikkevarer, jfr. EØS art. 16. For det andre at det var diskriminerende å anvende strengere vilkår for å kunne motta bevilling for skjenking av alkoholholdige drikkevarer med alkoholprosent mellom 2.5 og 4.75 enn for øl med samme alkoholprosent. ESA anså forskjellsbehandlingen som et hinder for den frie flyt av varer, jfr. EØS art. 11 og 13.

ESA brakte saken inn for EFTA-domstolen med påstand om at Norge hadde brutt EØS-avtalen med hensyn til alkohollovgivningens regler for salg av rusbrus. Parter for EFTA-domstolen var ESA mot Norge ved Kirke- og kulturdepartementet. Norge tapte saken mot ESA. Virkningen var at rusbrus kunne selges på alle steder hvor det også selges øl med samme alkoholprosent. Tilsvarende gjelder de samme reglene for skjenking av øl og rusbrus med samme alkoholprosent.

Bakgrunnen for at alkoholloven opererte med forskjellige regler for rusbrus og øl med samme alkoholprosent må ses i sammenheng med den norske alkoholpolitikken for øvrig. I Norge anses alkohol som en lovlig vare. Imidlertid er det en lang politisk tradisjon for å føre en streng og gjennomregulert alkoholpolitikk, men slik at alkohol skal være tilgjengelig for de som ønsker det.<sup>74</sup> Som følge av de mange og alvorlige skadevirkningene alkoholforbruk kan medføre, har man i norsk politikk sett det som en nødvendighet å underlegge omsetningen av alkohol reguleringer og kontrolltiltak. Forbruksnivået i befolkningen er av stor betydning for alkoholskadene.<sup>75</sup> Som følge av dette har formålet med den reguleringen som gjennomføres, vært å redusere det totale alkoholforbruket for hele befolkningen.

Rusbrus er et produkt som er rettet mot unge forbrukere. Norske myndigheter har valgt å ta i bruk virkemidler som de anser som beste egnet for å ivareta den norske folkehelsen. I denne sammenheng vil salg av rusbrus kun på A/S Vinmonopolet og krav om skjenkebevilling for vin gjøre rusbrus mindre tilgjengelig for unge mennesker.

---

<sup>74</sup> St.meld. nr. 17 1987-88 Alkohol og folkehelse s. 6

<sup>75</sup> St.meld. nr. 17 1987-88 Alkohol og folkehelse s. 6

Som beskrevet ovenfor under punkt 3.2.1 er monopoler til fordel for staten ikke i strid med Grl. § 101. Bestemmelsen krever kun likebehandling av næringsdrivende. A/S Vinmonopolet i seg selv innebærer slik sett ingen forskjellsbehandling, men det at drikke med samme alkoholinnhold forskjellsbehandles, kan være problematisk i forhold til Grl. § 101. Imidlertid kan ikke reglene karakteriseres som ”bestandige” og sosialpolitiske hensyn vil også ligge innenfor den vide margin som følger av Grl. § 101, jfr. punkt 3.2.1.

Etter EØS-avtalen er det i utgangspunktet opp til den enkelte avtalepart å føre den alkoholpolitikken som ønskes. Men denne politikken må føres innefor de grenser som EØS-retten trekker opp. De relevante begrensinger i denne saken følger av reglene om det frie varebytte, jfr. EØS art. 11 og norske myndigheter plikt til å sikre at statlige handelsmonopoler er organisert og drives etter EØS-rettslig krav, jfr. EØS art. 16.

Det følger av EØS art. 11 at ”kvantitative importrestriksjoner og alle tiltak med tilsvarende virkning skal være forbudt mellom avtalepartene”. Bestemmelsen inneholder et forbud mot mengdemessige hindringer på import fra andre EØS-stater. Hovedregelen er at en vare som er lovlig produsert og markedsført i et EØS-land, skal gis uhindret adgang til markedene i de øvrige EØS-landene. Hindringsbegrepet er vidt og favner både diskminimerende og opprinnelsesnøytrale tiltak, men det er kun tiltak som kan tilbakeføres til det offentlige, som rammes av forbudet. Videre følger det av EF-domstolens praksis at nasjonale regler som har usikre eller svært avledede virkninger for samhandelen faller utenfor.<sup>76</sup> I korte trekk innebærer denne bestemmelsen at alle nasjonale bestemmelser som hindrer import mellom medlemsstatene, rammes. Dette følger av den såkalte Dassonvilleformelen.<sup>77</sup> Som følge av de mange sakene som kom opp for domstolen i etterkant av Dassonvillesaken, var det behov for en presisering av forbudet. I Kecksaken<sup>78</sup> ble disse kriteriene nærmere

---

<sup>76</sup> Sak C-93/92, CMC Motorradcenter mot Pelin Baskiciogullari

<sup>77</sup> Sak 8/74, Procureur du Roi mot Dassonville: ”Enhver af medlemsstaternes bestemmelser for handel som direkte, indirekte, øjeblikkeligt eller potensielt kan hinder samhandelen i Fællesmarkedet må anses som en foranstaltning med tilsvarende virkning som kvantitative restriktioner”.

<sup>78</sup> Sak C-267/91 og C-268/91, Straffesaker mot Keck og Mithouard: ”forudsat at sådanne nationale bestemmelser finder anvendelse på alle de berørte erhvervsdrivende, det udøver virksomhet i indlandet,

presisert. Regulering av omsetningen, som faktisk og rettslig får samme virkning, omfattes ikke av EØS-regelverket. Vurderingen blir hvorvidt den nasjonale reguleringen av hvordan varer skal omsettes, rettslig og faktisk påvirker omsetningen av innenlandske og varer importert fra andre EØS-stater på samme måte.

Tiltak som hindrer en vares markedsadgang, vil kunne opprettholdes der begrunnelsen for tiltaket og utformingen av det tilfredstiller EØS-rettslige krav.

Markedsadgangshindre som kun kommer til anvendelse overfor varer produsert i andre land, må tilfredstille de krav som følger av EØS art. 13. Hindringen må altså være nødvendig for å ivareta et eller flere av de hensynene som nevnes i art. 13. Det følger av EF-domstolens praksis at hindringen for å anses som nødvendig må være egnet til å ivareta det aktuelle hensynet og at tiltaket som iverksettes må stå i rimelig forhold til det hensynet som myndighetene ønsker å vareta. Bestemmelsen er uttømmende.

Dersom hindringene er opprinnelsesnøytral, følger det av EF-domstolens praksis at hindringen kan opprettholdes dersom det er nødvendig for å ivareta tungtveiende allmenne hensyn. Dette innebærer at flere hensyn enn de som er nevnt i art. 13, kan legalisere en opprinnelsesnøytral hindring.

EØS art. 16 regulerer tilpasningen av statlige handelsmonopoler til EØS-avtalen. Regelen oppstiller ikke et forbud mot slike monopoler, men et krav om at disse må tilpasses på en slik måte at ”det ikke vil forekomme noen forskjellsbehandling av statsborgere fra EFs medlemsstater og EFTA-statene når det gjelder vilkårene for forsyning og avsetning”. Bestemmelsen regulerer selve monopolet, dets funksjon og utøvelsen av eneretten.<sup>79</sup> Selve handelsrestriksjonen som har tilknytning til monopolet, reguleres av bestemmelsene i EØS art. 11 og 13.

#### 4.4.2 Hvordan utøves domstolskontrollen

Etter å ha presentert saken vil jeg nå vise med hvilken intensitet ESA og EFTA-domstolen prøver lovbestemte begrensninger i næringsfriheten.

---

og forudsat at bestemmelsene, så vel retsligt som faktisk, påvirker afsætningen af indenlandsk fremstillede varer og varer fra andre medlemsstater på samme måde”.

<sup>79</sup> EØS-rett. Sejersted, Fredrik...[et al.]. 2. utg. Oslo, 2004 s. 324

Ikrafttredelsen av EØS-avtalen førte til opprettelsen av EFTA-domstolen. Dette viser at Stortingets lovgivning ikke bare kontrolleres av norske domstoler som i monopolsaken, men også av en internasjonal domstol. Vi ser dermed at finnes til to ulike domstolsspor til å prøve lovbestemte begrensninger. Til dette kommer også at det er svært ressurskrevende å bringe en sak inn for nasjonale domstoler, og det er beheftet med ikke så lite risiko. Det er langt mindre ressurskrevende å sende en klage til ESA som dermed har en oppfordring til å undersøke saken nærmere. Riktignok får den næringsdrivende mindre påvirkning på saken, men når ESA først har fått en oppfordring til å undersøke saken, er det grunn til å tro at den riktige forståelsen av EØS-avtalen vil bli lagt til grunn. Terskelen for å få kontrollert lovbestemte begrensninger er dermed blitt lavere, og det finnes flere spor for å få prøvd Stortingets lovgivning.

Som vi har sett ovenfor under punkt 3.2.1 har næringsfriheten slik denne er beskyttet i Grl. § 101, så og si ikke vært en skranke for norske myndigheter ved valg av virkemidler for å realisere politiske mål. Denne dommen viser at ikrafttredelsen av EØS-avtalen fører til at EFTA-domstolen går mer intensivt til verk for å kontrollere slike lovbestemte virkemidler.

EFTA-domstolen undersøker først om rusbrus er en vare som er omfattet av EØS-avtalen. Det følger av EØS art. 8 at det gjennom avtalen skal innføres ”fritt varebytte mellom avtalepartene”. Omsetningen av rusbrus omfattes av EØS-avtalen. Domstolen baserer dette på at øl og sprit er beskyttet av de fire friheter, jfr. premiss 31. I de tilfellene hvor rusbrusen er basert på vin, vil produktet kun beskyttes av art. 16. Vin er et landbruksprodukt som ikke omfattes av de fire friheter.

Deretter slår domstolen fast i premiss 34:

*There is, in principle, nothing in the EEA agreement that prevents Norway from maintaining a strict alcohol policy. However, that alcohol policy must operate within the limits of EEA law.*

Den alkoholpolitikken som er grunnlaget for rettssaken, ble ført i Norge også før EØS-avtalen trådte i kraft. Begrunnelsen har ikke vært av næringspolitisk karakter,



men alkoholpolitisk. Som følge av dette er det ikke alkoholpolitikken i seg selv EFTA-domstolen vurderer, men hvilke virkninger disse virkemidlene får for det frie markedet slik det er definert i EØS-avtalen.

EFTA-domstolen viser til at medlemsstatene kan ha monopol på salg av alkoholholdige drikker for å oppnå sin alkoholpolitikk, jfr. premiss 36. På den annen side er det konkurranse mellom rusbrus og øl med samme alkoholprosent. Monopolet må ikke organiseres slik at det fører til forskjellsbehandling av produkter som konkurrerer i samme marked. Salg av rusbrus på A/S Vinmonopolet mens øl med samme alkoholprosent også kan selges i butikker, er derfor et brudd på EØS art. 16, jfr. premiss 42.

Som vi har sett ovenfor i punkt 4.3.2 åpner EØS art. 13 for at medlemsstatene kan drive en mer tilpasset politikk ved at det kan gjøres unntak fra vernet om de fire friheter. Imidlertid gjelder det i utgangspunktet ingen slik unntaksregel for EØS art. 16. Som følge av at domstolen har fokus på virkningen av norsk alkoholpolitikk, er begrunnelsen for denne politikken lite viktig i forhold til EØS art. 16. Norske myndigheter hevdet likevel at EØS art. 13 kunne påberopes. I premiss 43 heter det:

*The defendant has argued that the contested rules on the sales of alcohol beverages may be justified on the grounds of public health, in particular the need to prevent an increase in the consumption of alcohol among young people, and in general to combat alcohol abuse.*

Det er et uavklart spørsmål om EØS art. 13 kunne anvendes analogisk. EFTA-domstolen uttaler i dommen at unntaksbestemmelsen i EØS art. 13 ikke er direkte anvendelige som følge av at EØS art. 13 kun viser til EØS art. 11 og 12, jfr. premiss 45. I denne saken ble anførselen om hensynet til folkehelsen ikke vurdert som et mulig unntak av domstolen. Imidlertid kommer ikke spørsmålet på spissen i denne saken da domstolen uttaler at virkemiddelet verken er nødvendig for å oppnå målet eller forholdsmessig i forhold til målsettingen, jfr. premiss 46.

Det neste spørsmålet var om reglene for skjenkebevilling for henholdsvis øl og rusbrus var et hinder for den frie flyt av varer, jfr. EØS art. 11. Ordningen er en

utsalgsregulering, men ikke et monopol ettersom bevilling tildeles søkere etter objektive kriterier. Vurderingstemaet for EFTA-domstolen var om denne bestemte formen for salg, rettslig eller faktisk førte til en forskjellsbehandling av nasjonale produkter fremfor produkter importert fra andre EØS-stater. I premiss 51 slår domstolen fast at øl er et produkt som i hovedsak produseres i Norge, mens rusbrus i hovedsak produseres utenfor Norge. Domstolen slår derfor fast at dette er et brudd på EØS art. 11.

Det er grunn til påpeke at det i mange sammenhenger er enkelt å fastslå at det skjer en forskjellsbehandling. Det avgjørende spørsmål er derfor om unntaksbestemmelsene kan forsvare en slik forskjellsbehandling.<sup>80</sup> Igjen ser vi altså at det er begrunnelsen for restriksjonen som vurderes. Når Stortinget innfører lovbestemte begrensninger på næringsfriheten, kan Stortinget, når ordningen omfattes av EØS-avtalen, bare begrunne restriksjoner som aksepteres i EU-retten. Dette viser at handlerommet for lovgivningskompetansen er begrenset som følge av EØS-avtalen.

Staten hadde anført at rusbrus særlig retter seg mot unge mennesker, men EFTA-domstolen mente rusbrus og øl til dels konkurrerte i det samme markedet. Det var derfor ikke slik at forskjellsbehandlingen verken var egnet til å oppnå formålet eller forholdsmessig, jfr. premiss 57. Videre mente domstolen at markedsføring av rusbrus rettet mot unge mennesker ikke kunne rettferdiggjøre forskjellsbehandlingen. Dette viser at EFTA-domstolen går inn på det som man i Norge tradisjonelt har ansett som lovgivers domene. EFTA-domstolens oppgave er å vareta formålet med EØS-avtalen, og vil kun i den utstrekning avtalen åpner for det, vurdere andre hensyn.

## 4.5 Arbeidsgiveravgiftssaken

### 4.5.1 Sakens bakgrunn

Den tredje formen for domstolskontroll jeg skal behandle, er når Norge går til sak mot ESA for EFTA-domstolen. Prosessen for EFTA-domstolen tilsvarer de tilfeller hvor ESA går til sak mot EFTA-statene. Det særegne ved de tilfellene hvor EFTA-statene

---

<sup>80</sup> I denne saken var det slått fast at det skjedde en forskjellsbehandling. Da er det bare art. 13 som kan forsvare restriksjonen. Læren om allmenne hensyn vil kun komme til anvendelse i de tilfellene hvor restriksjonen utgjør en ikke-diskriminerende hindring.

selv må bringe inn en sak for EFTA-domstolen, er at ESA i forkant har fattet et bindende vedtak som ESA på visse saksområder har kompetanse til. For å utdype denne formen for domstolskontroll med lovbestemte begrensninger i næringsfriheten, skal jeg bruke den såkalte arbeidsgiveravgiftssaken<sup>81</sup> som eksempel. Først vil jeg kort vise bakgrunnen for saken og hvordan saken ble behandlet for EFTA-domstolen. Deretter vil jeg beskrive de norske reglene som viste seg å være i strid med bestemmelser i EØS-avtalen. I punkt 4.5.2 vil jeg vise med hvilken intensitet ESA og EFTA-domstolen fører kontroll med lovbestemte begrensninger i næringsfriheten.

Da folketrygden ble innført ved lov av 17. juni 1967 nr. 12 om folketrygd, avløste arbeidsgiveravgiften det såkalte arbeidsgivertilskottet. Arbeidsgiveravgiften utgjorde 7 % av godtgjørelsen til den enkelte arbeidstaker uavhengig av arbeidstakerens medlemspremie.<sup>82</sup> Ved siden av folketrygdavgiften er arbeidsgiveravgiften en nødvendig del av finansieringen til å dekke utgiftene til ytelsene som omfattes av folketrygden. Det følger av folketrygdloven § 23-2 første og ellevte ledd:

*Arbeidsgiveren skal betale arbeidsgiveravgift av lønn og annen godtgjørelse for arbeid og oppdrag i og utenfor tjenesteforhold som han plikter å innberette.*

*Stortinget fastsetter størrelsen på arbeidsgiveravgiften [...] Arbeidsgiveravgiften kan være geografisk differensiert. [...]*

Fra 1975 ble arbeidsgiveravgiften regionalt gradert. Den geografiske differensieringen ble innført som et virkemiddel i distriktspolitikken. Graderingen for det enkelte år følger av det årlige skatte- og avgiftsvedtaket fra Stortinget.<sup>83</sup> Formålet var å stimulere til ny virksomhet, å hindre en uønsket nedbygging av eksisterende virksomhet i visse områder og å minske presset i andre områder. Videre ønsket man å skape arbeidsplasser til befolkningen som var bosatt i utbyggingsområder. Det ble i denne sammenheng vurdert

---

<sup>81</sup> Sak E-6/98, Norge mot ESA

<sup>82</sup> NOU 1990: 20 Forenklet folketrygdlov s. 707

<sup>83</sup> Skatte- og avgiftspålegg er generelle regler som fastsetter borgernes plikter overfor staten, og er derfor materielle lover. Etter Grl. § 75 a betraktes lover og skatte- og avgiftspålegg som sideordnede myndighetsarter.

flere typer geografisk differensiert støtte men man kom frem til at den differensierte arbeidsgiveravgiften var den mest formålstjenlige.<sup>84</sup>

Nord-Troms og Finnmark har vært helt fritatt for avgiften, mens i andre deler av landet har avgiften variert fra 5,1 prosent til 14,1 siden 1. januar 1995. Avgiftssatsene har variert siden ordningen med gradering ble innført i 1975.

Da EØS-avtalen trådte i kraft i 1994, ble denne ordningen videreført etter en vurdering foretatt av norske myndigheter. ESA ga tidlig beskjed om at ordningen med differensiert arbeidsgiveravgift var omfattet av EØS art. 61 første ledd om statsstøtte og at den som følge av dette måtte tilpasses EØS-avtalens regelverk. Norske myndigheter la ned et stort arbeid for å tilpasse ordningen da dette var et vesentlig virkemiddel i norsk distriktpolitikk. I 1997 fremla ESA et forslag som innebar at ca. 90 % av verdien av ordningen kunne videreføres. Dette ble ikke godtatt av norske myndigheter. I 1998 fattet ESA et vedtak etter formelle undersøkelser. Innholdet av vedtaket var vesentlig sammenfallende med innholdet i forslaget fra 1997.

Norske myndigheter fant ikke å kunne godta ESAs vedtak av 1998. Spørsmålet ble derfor brakt inn for EFTA-domstolen som forkastet Norges anke over vedtaket i dom av 20. mai 1999.

I utgangspunktet omfattes ikke sysselsettingsspørsmål av EØS-avtalen. Ordningen var tatt i bruk som et økonomisk virkemiddel for å øke sysselsettingen i distriktsnorge. Den er av norske myndigheter ansett for å være det mest effektive virkemiddel som er tatt i bruk i distriktpolitikken.<sup>85</sup> Å motvirke fraflytting fra distriktene har vært en gjennomgående målsetting i norsk politikk uavhengig av hvilke partier som har hatt flertall på Stortinget. Videre mente norske myndigheter at ordningen med differensiert arbeidsgiveravgift var en del av den generelle skattelovgivningen i Norge og som følge av dette falt utenfor EØS-avtalen.

---

<sup>84</sup> NOU 1990: 20 Forenklet folketrygdlov s. 707

<sup>85</sup> Se blant annet artikkel i Aftenpostens nettutgave 24. august 2004, [www.aftenposten.no/nyheter/okonomi/article854901](http://www.aftenposten.no/nyheter/okonomi/article854901)

Det kan som utgangspunkt ikke anses som en innskrenkning i næringsfriheten å bli pålagt å betale skatt eller avgifter til staten. Som vi har sett ovenfor under punkt 3.2.1 er Grl. § 101 å anse som en skranke for forskjellesbehandling av næringsdrivende. Det følger av folketrygdloven § 23-2 at alle næringsdrivende er pålagt å betale denne avgiften. Men alle arbeidsgivere er ikke pålagt å betale like mye i avgift. Størrelsen på den avgift den næringsdrivende er pålagt å betale, er basert på objektive kriterier. Selv om det i utgangspunkt er en forskjellsbehandling av arbeidsgivere avhengig av hvor i landet deres arbeidstaker bor, er det ikke snakk om ”bestandige” innskrenkninger fordi Stortinget til enhver tid kan omgjøre ordningen uten tilbakevirkende kraft.

Et sentralt virkemiddel for å kunne realisere EØS-avtalens målsettinger er å sikre like konkurransevilkår innenfor EØS-området. Dette skal gjennomføres ved ”opprettelsen av et system som sikrer at konkurransen ikke vris” jfr. EØS art. 1 litra e. Forbudet mot statstøtte i EØS art. 61 nr. 1 skal motvirke vridning i konkurransen som følge av økonomisk støtte fra et EØS-land til dets næringsliv. Det fremgår av EØS art. 2 andre og tredje ledd at statstøtte gitt på visse vilkår kan være nødvendig for å realisere legitime målsetninger. EØS art. 61 nr. 1 forbyr ”støtte gitt av statsmidler i enhver form, som vrir eller truer med å vri konkurransen ved å begunstige enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer” dersom støtten ”påvirker samhandelen mellom avtalepartene”. Støttebegrepet tolkes svært vidt og omfatter en hver ytelse som innebærer en økonomisk fordel for mottakeren.<sup>86</sup> Det følger av EF-domstolens praksis at slik støtte kan gjennomføres ved at en bedrifts økonomiske byrder reduseres, eller ved at det offentlige reduserer sine inntekter for eksempel gjennom avgiftsreduksjoner eller avgiftsfritak.<sup>87</sup> Imidlertid må statstøtten være en selektiv ytelse som er rettet mot et konkret foretak.<sup>88</sup> Det er ikke et vilkår at støtten faktisk har vrid konkurransen, men den må potensielt ha muligheten til å forandre den konkurransemessige situasjonen til den bedriften som har mottatt støtten. Videre må støtten ha en grenseoverskridende virkning og påvirke samhandelen for at EØS art. 61 nr. 1 skal komme til anvendelse.

---

<sup>86</sup> EØS-rett. Sejersted, Fredrik...[et al.]. 2. utg. Oslo, 2004 s. 582

<sup>87</sup> Se EF-domstolen i Sml. 1999 s. I-3671 avsnitt 23, Belgia mot Kommisjonen

<sup>88</sup> EØS-rett. Sejersted, Fredrik...[et al.]. 2. utg. Oslo, 2004 s. 604

#### 4.5.2 Hvordan utøves domstolskontrollen

Etter å ha presentert saken vil jeg nå vise med hvilken intensitet nasjonale domstoler ESA og EFTA-domstolen prøver lovbestemte begrensninger i næringsfriheten. I hvilken grad kan man si at domstolskontrollen har endret seg som følge av ikrafttreddelsen av EØS-avtalen?

Tilsvarende som for rusbrussaken viser denne saken at det er et alternativt spor for domstolskontroll av Stortingets fastsatte begrensninger i næringsfriheten. Det vises til det jeg har sagt ovenfor under punkt 4.4.2. Denne saken viser at ESA av eget tiltak kan ta opp spørsmål om forholdet mellom Stortingets vedtak og EØS-avtalen. Dermed er ikke domstolskontrollen etter ikrafttreddelsen av EØS-avtalen betinget av at en næringsdrivende bringer saken inn for domstolene, eventuelt klager til ESA. ESA fører altså en løpende kontroll med Stortingets lovgivning, og det er domstolskontrollen for EFTA-domstolen som er risikabelt når norske myndigheter ikke følger ESAs råd og vedtak.

Hadde Stortinget vurdert forholdet mellom Grl. § 101 og arbeidsgiveravgiften og funnet at ordningen ikke ville være i strid, ville nasjonale domstoler tillagt dette betydelig vekt, se punkt 3.2.2. Norske myndigheter hadde vurdert den differensierte arbeidsgiveravgiftens forhold til EØS-avtalen før ratifikasjonen. I forhold til tradisjonell domstolskontroll skulle man forvente at dette ville blitt tillagt vekt ved domstolskontrollen. Imidlertid viser arbeidsgiveravgiftssaken at EFTA-domstolen ikke legger vekt på norske myndigheters vurdering av spørsmålet i samme grad som nasjonale domstoler gjør.

I utgangspunktet omfattes ordningen ikke av EØS-avtalen i og med at arbeidsgiveravgiften er en del av den generelle norske skattesystemet. Imidlertid kan virkningene av den differensierte arbeidsgiveravgiften føre til at ordningen rammes av EØS art. 61 nr. 1. Det er ikke omstridt at den differensierte arbeidsgiveravgiften har som sitt hovedformål å tilgodese utvalgte regioner. Som følge av det store sammenfallet mellom bedriftenes beliggenhet og bostedet til bedriftens ansatte, innebærer ordningen en direkte konkurransemessig fordel, jfr. premiss 37. EFTA-domstolen slår derfor fast at denne konkurransefordelen basert på beliggenhet er ulovlig statsstøtte i strid med EØS art. 61.

Norge hadde anført at ordningene kunne la seg forsvare ut fra sysselsettingshensyn på grunn av Norges geografi og de utfordringer dette gir med hensyn til lange avstander, klima, demografi og bosetting. Til dette uttaler EFTA-domstolen uttaler i premiss 39 at det ikke er avgjørende om ordningene er begrunnet i "certain legitimate policy considerations". Tvert i mot ville Norges argumenter på dette punktet "rather strengthen the conclusion that the system is aimed at favouring certain undertakings". Hvorvidt Norges argumenter faktisk kunne forsvare ordningen i medhold av EØS art. 61 nr. 3 var noe Norge måtte ta opp med ESA i etterkant av saken.

Dersom det er politisk vilje til å innføre ordninger som regnes som statsstøtte, må ordningen være begrunnet ut i fra de lovlige hensyn som er oppregnet i EØS art. 61 nr. 3. Når Stortinget vil vedta ordninger som regnes som statsstøtte, må dette begrunnes ut fra disse hensyn. Og dersom Stortinget begrunner slike ordninger med andre hensyn, vil EFTA-domstolen altså konstatere at ordningen er i strid med EØS-avtalen. Dermed har EØS-avtalen begrenset Stortingets mulighet til å vedta ordninger som er ønskelige.

## 5 Oppsummering

### 5.1 Har domstolskontrollen med lovbestemte begrensninger i næringsfriheten utviklet seg som følge av EØS-avtalens ikrafttredelse?

Grunnloven beskytter borgernes næringsfrihet. Imidlertid gir ikke Grl. § 101 et særlig sterkt vern av denne friheten. Stortinget kan i stor utstrekning sette lovbestemte begrensninger på næringsfrihetens område. Dette kommer også til syne i domstolskontrollen. Det skal mye til før en lovbestemt begrensning kommer i strid med grunnlovsvernet slik at domstolene må la loven vike.

Verktøyet for å realisere EØS-avtalens målsetting om et felles indre marked er regler som sikrer fri flyt av varer, tjenester, kapital og mennesker og forbud mot statsstøtte og konkurranseregler. EØS-loven sikrer gjennomføringen av dette i norsk rett.

EØS-avtalen utgjør et langt sterkere vern av næringsfriheten enn det vernet som Grunnloven gir. Videre gir EØS-avtalen en mye grundigere beskyttelse av sitt formål enn Grl. § 101. Med mindre Stortinget eksplisitt ønsker å fravike EØS-avtalen, kan ikke Stortinget sette lovbestemte begrensninger på næringsfrihetens område som kommer i strid med EØS-avtalen, jfr. EØS-loven § 2. Dermed må norske domstoler gå langt i å prøve Stortingets lovgivning. Det kan konstateres at domstolskontrollen er blitt mer intensiv på næringsfrihetens område.

Det er grunn til å påpeke at domstolskontrollen som utføres av nasjonale domstoler formelt sett ikke er endret ved ikrafttredelsen av EØS-avtalen. Dette innebærer at Stortingets syn fortsatt skal tillegges vekt. Gjennom de begrunnelser som gis for en lovbestemt begrensning, kan Stortinget sørge for at loven vil stå seg i forhold til EØS-avtalen. Stortinget har det fortsatt i sin makt å endre eller oppheve EØS-loven § 2, eventuelt å gi klare føringer på at en lovbestemt begrensning skal gjelde selv om den er i strid med EØS-avtalen. Man kan derfor gjerne si at det ikke er domstolskontrollen selv som har forandret seg med EØS-avtalen, men EØS-avtalens materielle bestemmelser



fører til at domstolene må gå mer intensivt til verks i sin prøvelse av lovbestemte begrensninger.

Videre sikres gjennomføringen av EØS-avtalen ikke bare av nasjonale domstoler, men også av EFTA-domstolen. I saker for EFTA-domstolen er spørsmålene i større grad spisset til om lovbestemte begrensninger er i samsvar med EØS-avtalen. Videre vil terskelen for ESA til å reise traktatbruddssøksmål, eventuelt fatte formelt vedtak, være lavere enn om næringsdrivende selv måtte prøve spørsmålet for nasjonale domstoler. På den annen side har ikke EFTA-domstolens avgjørelser tvangskraft slik norske rettsavgjørelser har, men dette er mer et formelt spørsmål enn reelt.<sup>89</sup>

Også EFTA-domstolen må gjennom de prosedyrer som er etablert for domstolskontrollen, vurdere den begrunnelse som er gitt for en hindring eller statsstøtte. Imidlertid vil EFTA-domstolen bare opprettholde en hindring eller statsstøtte med en begrunnelse som ligger innenfor rammen av EØS-retten. Begrunnelser for en lovbestemt begrensning som i og for seg er rimelige, men som ligger utenfor rammen av EØS-retten, vil ikke EFTA-domstolen en gang vurdere. Det er nettopp domstolskontrollen for EFTA-domstolen som sørger for at Stortinget ikke kan vedta lovebestemte begrensninger utenfor denne rammen.

Endelig vil ESA også føre kontroll med lovbestemte begrensninger på næringsfrihetens område. Sejersted mfl. oppsummerer ESAs kontroll på følgende måte:<sup>90</sup>

*For å forstå hvilken kontroll ESA reelt sett fører med norske myndigheter, er det nødvendig å se alle sakene mot Norge under ett. Og om man gjør det, er inntrykket en omfattende og inngripende kontroll, som likevel utøves fleksibelt.*

## 5.2 Har utviklingen i domstolskontrollen hatt betydning for maktfordelingen?

Gjennom domstolskontrollen påvirker EØS-avtalen konkret den næringsreguleringen som Stortinget har anledning til å føre. Dersom det er motstrid mellom bestemmelser i lov som tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter EØS-avtalen og bestemmelser

---

<sup>89</sup> Imidlertid har ESAs vedtak på bestemte områder tvangskraft, jfr. punkt 4.3.3.

<sup>90</sup> EØS-rett. Sejersted, Fredrik...[et al.]. 2. utg. Oslo, 2004 s. 148

som regulerer samme forhold, skal de førstnevnte gå foran, jfr. EØS-loven § 2. Ved Stortingets forberedelse av nye former for lovbestemte begrensninger på næringsfriheten må det derfor tas høyde for de forpliktelser som følger av EØS-avtalen. Det er et juridisk spørsmål om en begrensning utgjør en hindring eller statstøtte i EØS-avtalens forstand. Konsekvensen av dette kan føre til at politiske beslutninger som skal føre til et bedre samfunn, i større grad blir et juridisk spørsmål om å holde seg innenfor EØS-avtalens rammer.

Det samme tiltaket kan gis ut fra flere begrunnelser. Dette er et forhold Stortinget må være oppmerksom på. Politikerne tar nok ikke alltid inn over seg at lovbestemte begrensninger på næringsfrihetens område også må stå seg i forhold til EØS-avtalen. Stortinget må sørge for at slike begrensninger blir begrunnet i samsvar med Norges internasjonale forpliktelser. Muligens vil jurister måtte gis en mer sentral rolle ved lovgivningsarbeid for å bidra til at ønskede begrensninger på næringsfriheten vil kunne realiseres som følge av at begrunnelsen må ligge innenfor EØS-avtalens rammer. Slik sett kan man snakke om en rettsliggjøring av samfunnet.

Verken nasjonale domstoler eller EFTA-domstolen har noen form for positiv tiltaksmyndighet på næringsfrihetens område. Dette følger for så vidt allerede av maktfordelingsprinsippet. Men som jeg har vist gjennom de tre presenterte sakene, har både nasjonale domstoler og EFTA-domstolen i større grad en negativ kontroll på Stortingets lovbestemte begrensninger. Den negative kontrollen gjør at domstolene får en større påvirkning på den næringspolitikken som Stortingets flertall ønsker å føre.

Noe av bakgrunnen for det mulig konfliktfylte i at domstolene har fått en større negativ kontroll på Stortingets lovgivning, ligger i at Stortinget opererer i to forskjellige plan. På et internasjonalt ønsker Stortinget at Norge skal være med i samarbeid over landegrensene. Dette innebærer at Norge utvikler og påtar seg internasjonale forpliktelser. For eksempel er målsettingen om et indre marked i Europa noe Stortinget ønsker slik det er sammensatt i dag. På et nasjonalt plan ønsker Stortinget å iverksette tiltak som kan sikre politiske mål som for eksempel differensiert arbeidsgiveravgift, rusbrus kun solgt på A/S Vinmonopolet og av de som har skjenkebevilling for vin og Norsk Tipping AS monopol på spilleautomater. Som oppgaven viser kan det være motstrid mellom målsettingene Stortinget ønsker å realisere på de ulike plan. Denne

motstriden kommer til uttrykk gjennom domstolskontrollen hvor det må foretas et valg mellom disse målsettingene. Stortinget har selv bestemt at EØS-avtalens bestemmelser skal gå foran, både gjennom EØS-loven § 2 og gjennom opprettelsen av EFTA-domstolen og ESA. Dermed har Stortingets avgjørelser til en viss grad ført til at domstolene må ta stilling til politiske valg. Dette er også en form for rettsliggjøring av samfunnet.

Som en del av sin konklusjon uttaler Maktutredningens flertall:<sup>91</sup>

*Norsk rett er i økende grad blitt internasjonalisert. Maktpolitisk betyr dette dels at domstolene og rettsvesenet generelt får en sterkere posisjon som rettsutviklende organer, dels at domsmakten flyttes fra nasjonale til internasjonale rettsinstanser. Dermed er lovgivningsmakten, Stortinget, svekket i to retninger, selv om Stortinget har medvirket aktivt til denne myndighetsforskyvningen.*

*Den videre implikasjonen av rettens internasjonalisering er at det representative folkestyret har klippet sine vinger.*

EØS-avtalen har hatt betydning for domstolenes kontroll av lovbestemte begrensninger på næringsfriheten. Det kan slik sett være riktig at EØS-avtalen har begrenset Stortingets kompetanse til å fastsette lovbestemte begrensninger på næringsfriheten. I så måte kan man si at EØS-avtalen, i den grad avtalen hindrer gjennomføringen av lovregulering som folkestyrets flertall mener er til det beste for fellesskapet, utgjør en maktforskyvning fra Stortinget til domstolene. Dette kan igjen medføre en begrensning på demokratiet.

---

<sup>91</sup> Østerud, Øyvind. Makten og demokratiet En sluttbok fra Makt- og Demokratiutredningen. Østerud Øyvind, Engelstad Fredrik, Selle Per. Oslo, 2003 s. 54

## 6 Litteraturliste

### 6.1 Lover

Lov av 17. mai 1814 Kongeriget Norges Grundlov

Kong Christian Den Femtis Norske Lov av 15. april 1687

Lov av 13. august 1915 nr. 5 om domstolene

Lov av 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål

Lov av 19. juni 1931 nr. 18 om Aktieselskapet Vinmonopolet

Lov av 22. juni 1962 nr. 8 om Stortingets ombudsmann for forvaltningen

Lov av 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker

Lov av 15. desember 1967 nr. 9 om patenter

Lov av 2. juni 1989 nr. 27 om omsetning av alkoholholdig drikk m.v.

Lov av 28. august 1992 nr. 103 om pengespill m.v.

Lov av 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtalen om det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS)

Lov av 27. november 1992 nr. 117 om offentlig støtte

Lov av 24. februar 1995 nr. 11 om lotteri m.v.

Lov av 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett

### 6.2 Forarbeider

Stortings dokument nr. 13 1923: Lie, Mikael H. Betenkning angående grunnlovens §§ 97 og 105 om domstolenes myndighet til å prøve loves indre gyldighet.

Innstilling fra Forvaltningskomiteen. Kragerø 1958

St.meld. nr. 17 1987-88 Alkohol og folkehelse

Ot.prp. nr. 31 (1988-89) Om lov om omsetning av alkoholholdig drikk m.v.s

NOU 1990: 20 Forenklet folketrygdlov

Innst.O. nr. 14 (1992-93)

Ot.prp. nr. 44 (2002-2003) Lov om endringer i pengespill- og lotterilovgivningen

NOU 2003:19. Makt og demokrati

Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) Ny tvistelov

### 6.3 Dommer

#### 6.3.1 Norsk Retstidende

Rt. 1955 s. 323

Rt. 1976 s.1

Rt. 1984 s. 1488

Rt. 1987 s. 538

Rt. 1995 s. 1427

Rt. 1995 s. 1789

Rt. 1995 s. 1823

Rt. 1997 s. 580

Oslo tingretts dom av 27. oktober 2004

#### 6.3.2 EFTA-domstolen

Sak E-9/00

Sak E-6/98

#### 6.3.3 EF-domstolen

Sak 8/74 Dassonville Saml. 1974 s. 837

Sak C-267/91 Criminal proceedings against Keck and Mithouard Saml.1993 s. I-6097

Sak C-268/91 se sak C-267/91

Sak C-93/92 CMC Motorradcenter Saml. 1993 s. I-5009

Sak C-272/92 Spotti Saml. 1993 s. I-5185

Sak C-275/92 Schindler Saml.1994 s. I-1039

Sak C-55/94 Gebhard Saml. 1995 s. I-4164

Sak C-124/97 Läärä Saml. 1999 s. I-6067

Sak C-67/98 Zenatti Saml. 1999 s. I-7289

Sak C-6/01 Anomar Saml. 2003 s. I-8621

Sak C-243/01 Gambelli (ikke inntatt i samlingen ennå)

## 6.4 Traktater

Vienna Convention on the law of treaties 23.05.1969

Avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområde av 2. mai 1992

Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol  
2.mai 1992

Traktat om den Europeiske Union 1992

Traktat om opprettelsen av det Europeiske Fellesskap 1997

Den Europeiske Menneskerettskonvensjon 4. november 1950

## 6.5 Trykt litteratur

Arnesen, Finn. Statlig styring og EØS-rettslige skranker. Oslo, 1996

Arnesen, Finn. Graver, Hans Petter. Rettslige sider ved Norges EU-rettede avtaler. I:  
Makt- og demokratiutredningen 1998-2003 nr. 19 oktober 2000

Aschehoug, T. H. Norges Nuværende Statsforfatning. Bind III, 2. utg., Kristiania, 1893

Barendt, Eric. An Introduction to Constitutional Law. New York, 1998

Eckhoff, Torstein, Domstolskontroll med forvaltningen i Norge. I: JV Serie Æ (1964)

Eckhoff, Torstein. Smith, Eivind. Forvaltningsrett. 6. utg. Oslo, 1997

Eckhoff, Torstein. Rettskildelære. 5. utg. ved Jan E. Helgesen. Oslo, 2000

Eckhoff, Torstein. Statens styringsmuligheter, særlig i ressurs- og miljøspørsmål. Oslo  
1983

Eide, Erling. Rettsøkonomi for offentlig rett. 3. utg. Oslo, 1999

EØS-rett. Sejersted, Fredrik...[et al.]. Oslo, 1995

EØS-rett. Sejersted, Fredrik...[et al.]. 2. utg. Oslo, 2004

Frankel, Christian. I markedets billede. I Handelshøjskolen i København Ph.D-serie  
10.2001.

Graver, Hans Petter. Forvaltningsrett i markedsstaten: studier i europeisering av  
forvaltningsretten. Bergen, 2002

Helset, Per. Stordrange Bjørn. Norsk statsforfatningsrett. Oslo, 1998

Hov, Jo. Rettergang III Sivilprosess. Oslo, 2000

de Ru, Hendrik Jan. Reader Governmnet Regulation of Business. Amsterdam 2004

Michalsen, Dag. Francis, Sejersted. Demokrati og rettsstat. I: TfR Årg. 5 (2003) s. 694-  
698

Næringsreguleringsrett. Arnesen, Finn...[et al.]. Oslo, 2000

Opsahl, Torkel. Delegasjon av stortingets myndighet. Oslo, 1965  
Ruud, Morten. Ulfstein, Geir. Innføring i folkerett. Oslo, 1998.  
Sejersted, Francis. Demokrati og rettsstat. Oslo, 2001  
Skeie, Jon. Eiendomsret og Statsmonopol. Kristiania, 1923  
Slagstad, Rune. De nasjonale strateger. Oslo, 2001  
Smith, Eyvind. Høyesterett og Folkestyre. Oslo, 1993  
Syrstad, Helge. EØS-avtalen og norsk forvaltningsrett – en oversikt. I JV Hefte 6 /2003  
s. 345 - 359  
Østerud, Øyvind. Makten og demokratiet En sluttbok fra Makt- og  
Demokratiutredningen. Østerud Øyvind, Engelstad Fredrik, Selle Per. Oslo, 2003

## 6.6 Elektronisk dokumenter, avisartikler og annet

[www.aftenposten.no/nyheter/okonomi/article854901](http://www.aftenposten.no/nyheter/okonomi/article854901)

Pressemelding 03/02 Sak E-9/00 EFTAs overvåkningsorgan mot Norge

Kunngjøring fra ESA 1997-11-19. Publisert i EØS-tillegget til De Europeiske  
Felleskaps Tidene nr. 5 av 5.2.1998, s. 202

Vedtak i ESA 1998-07-02. Publisert i EØS-tillegget til De Europeiske Fellesskaps  
tidene nr. 50 av 3.12.1998, s. 1